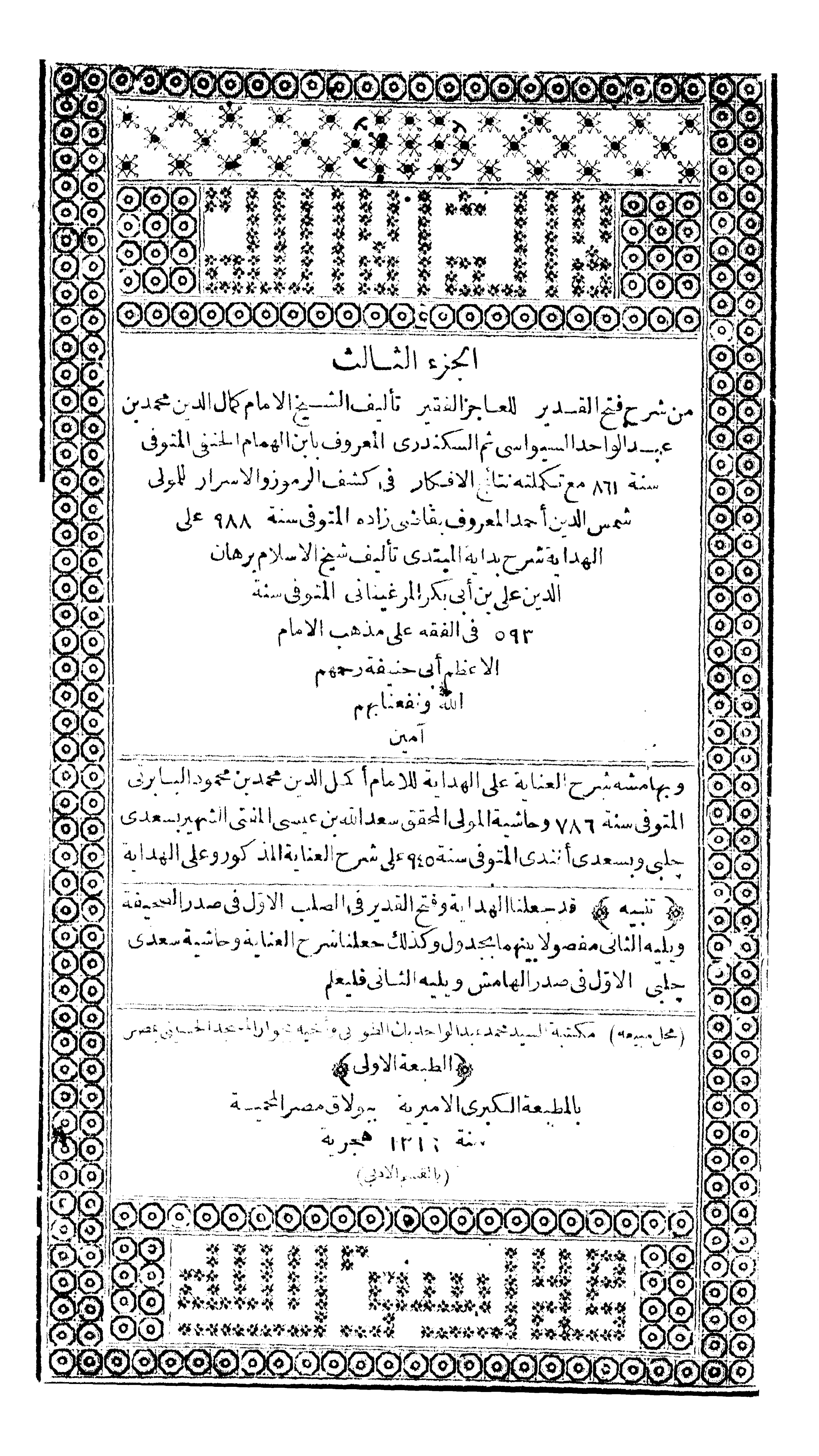


الجزء الثالث

من شرح فتح القدير للعاجز الفقير تأليف الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسى ثم السكندرى المعروف بابن الهمام الحنفى المتوفى سنة ٨٦١ مع تكملته نتائج الافكار فى كشف الرموز والاسرار للمولى شمس الدين أحمد المعروف بقاضى زاده المتوفى سنة ٩٨٨ على الهداية شرح بداية المبتدى تأليف شيخ الاسلام برهان الدين على بن أبى بكر المرغينانى المتوفى سنة ٥٩٣ فى الفقه على مذهب الامام الاعظم أبى حنيفة رحمهم الله ونفعنا بهم آمين

وبهامشه شرح العناية على الهداية للامام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتى المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتى الشهير بسعدى چلبى وبسعدى أفندى المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية

﴿تنبيه﴾ قد جعلنا الهداية وفتح القدير فى الصلب الاول فى صدر الصحيفة ويليه الثانى مفصولا بينهما بجدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدى چلبى الاول فى صدر الهامش ويليه الثانى فليعلم

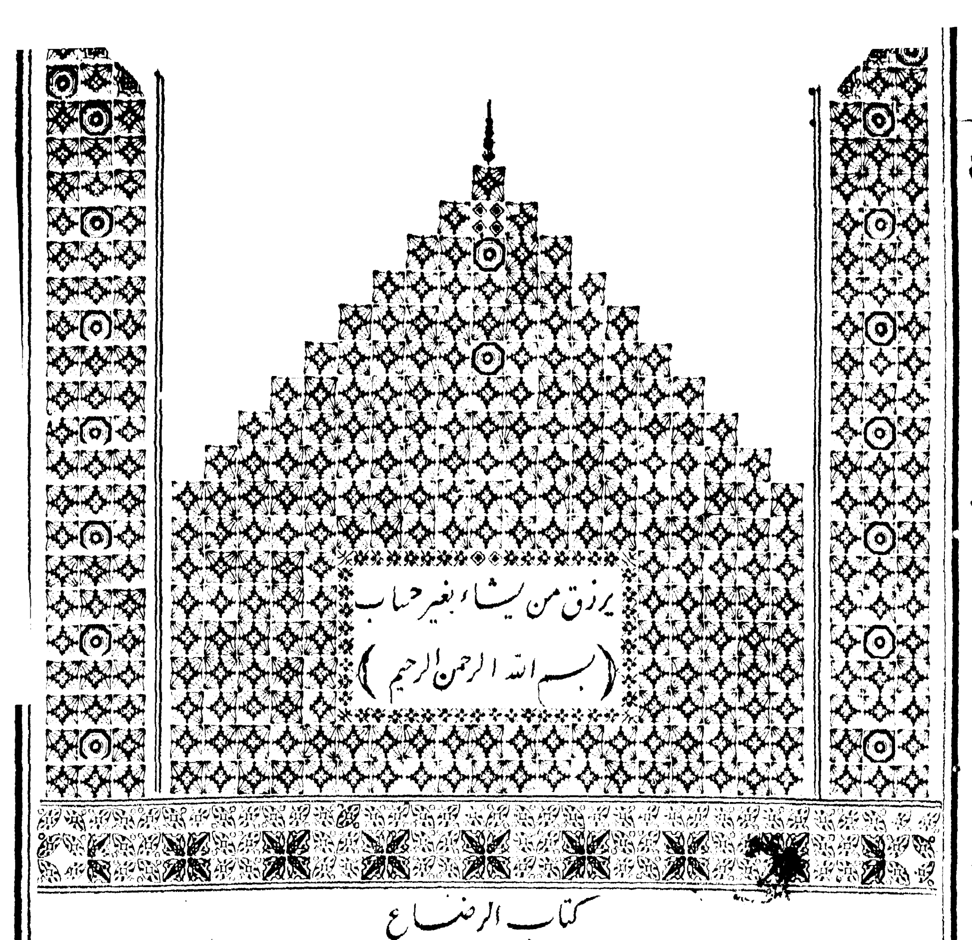
(محل بيعه) مكتبة السيد محمد عبد الواحد بك الطوبى وأخيه [illegible] بجوار المسجد الحسينى [illegible]

﴿الطبعة الاولى﴾

بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية

سنة ١٣١٦ هجرية

(بالقسم الأدبي)



كتاب الرضاع

قال (قليل الرضاع وكثيره سواء اذا حصل فى مدة الرضاع تعلق به التحريم) وقال الشافعى رحمه الله لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات لقوله عليه الصلاة والسلام

﴿كتاب الرضاع﴾

لما كان المقصود من النكاح الولد وهو لا يعيش غالبا فى ابتداء نشأته الا بالرضاع وكان له أحكام تتعلق به وهى من آثار النكاح المتأخرة عنه بمدة وجب تأخيره الى آخر أحكامه قيل وكان ينبغى أن يذكره فى المحرمات لكنه أفرده بكتاب على حدة لاختصاصه بمسائل كشهادة النساء وخلط اللبن ونحوه والحق أنه ذكر فى المحرمات ما تتعلق المحرمية به وانما ذكر هنا التفاصيل الكثيرة والرضاع والرضاعة بكسر الراء فيهما وفتحها أربع لغات والرضع الخامسة وأنكر الاصمعى الكسر مع الهاء وفعله فى الفصيح من حد علم يعلم وأهل نجد قالوا من باب ضرب وعليه قول السلولى يذم علماء زمانه * وذموا لنا الدنيا وهم يرضعونها * ثم قيل كتاب الرضاع ليس من تصنيف محمد رحمه الله انما ألفه بعض أصحابه ونسبه اليه ليروجه ولذا لم يذكره الحاكم الشهيد أبو الفضل فى مختصره المسمى بالكافى مع التزامه ايراد كلام محمد رحمه الله فى جميع كتبه محذوفة التعاليل وعامتهم على أنه من أوائل مصنفاته وانما لم يذكره الحاكم اكتفاء بما أورده من ذلك فى كتاب النكاح وهو فى اللغة مص اللبن من الثدى ومنه قولهم لئيم راضع أى يرضع غنمه ولا يحلبها مخافة أن يسمع صوت حلبه فيطلب منه اللبن وفى الشرع مص الرضيع اللبن من ثدى الآدمية فى وقت مخصوص أى مدة الرضاع المختلف فى تقديرها (قوله قليل الرضاع وكثيره سواء اذا تحقق فى مدة الرضاع تعلق به التحريم) وبه قال مالك أما لو شك فيه بان أدخلت الحلمة فى فم الصغير وشكت فى الارتضاع لا تثبت

﴿كتاب الرضاع﴾

لم يذكر عامة مسائل الرضاع فى فصل المحرمات وأتى بكتاب له على حدة لما أن له أحكاما جمة مخصوصة به لا يشاركه فيها غيره وسبب الحرمة بالرضاع الجزئية بنشور العظم وانبات اللحم كالجزئية بالاعلاق فى حرمة المصاهرة وكما أن الاعلاق أمر خفى وله سبب ظاهر أقيم مقامه وهو الوطء كذلك نشور العظم وانبات اللحم أمر خفى وله سبب ظاهر وهو الارضاع فأقيم مقامه والرضاع بفتح الراء وهو الأصل وبكسرها وهو لغة فيه مص اللبن من الثدى وفى الشريعة عبارة عن مص شخص مخصوص وهو أن يكون صبيا رضيعا من ثدى مخصوص وهو ثدى الآدمية فى وقت مخصوص على ما نذكر بعد (وقليل الرضاع وكثيره اذا حصل فى مدة الرضاع تعلق به التحريم) عندنا وقال الشافعى لا يثبت الرضاع الا بخمس رضعات يكتفى الصبى بكل واحدة منها

﴿كتاب الرضاع﴾

(قوله وسبب الحرمة بالرضاع الجزئية الخ) أقول يعنى شبهة الجزئية

الحرمة بالشك وهو كما لو علم ان صبية أرضعتها امرأة من قرية ولا يدرى من هي فتزوجها رجل من اهل تلك القرية صح لانه لم يتحقق المانع من خصوصية امرأة والواجب على النساء أن لا يرضعن كل صبي من غير ضرورة واذا أرضعن فليحفظن ذلك ويشهرنه ويكتبنه احتياطا وقال الشافعي رحمه الله لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات مشبعات في خمسة أوقات متفاصلة عرفا وعن أحمد رحمه الله روايتان كقولنا وكقوله لقوله صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة والمصتان الحديث رواه مسلم في حديثين صدره حديث عائشة رضي الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم قال لا تحرم المصة والمصتان وآخره عن أم الفضل بنت الحرث قالت دخل اعرابي على رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيتي فقال يا رسول الله اني كانت لي امرأة فتزوجت عليها أخرى فزعمت امرأتي الاولى انها أرضعت الحدثى رضعة أو رضعتين فقال صلى الله عليه وسلم لا تحرم الاملاجة والاملاجتان وأخرج ابن حبان في صحيحه حديثا واحدا عن عبد الله بن الزبير عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة والمصتان ولا الاملاجة والاملاجتان فقول شارح في قوله ولا الاملاجة والاملاجتان انه لم يثبت في كتب الحديث ليس بصحيح والاملاجة الارضاعة والتاء للوحدة والاملاج الارضاع وأملجته أرضعته وملج هو امه رضعها وهذا الحديث لا يصلح لاثبات مذهبه وقيل يمكن أن يثبت به مذهبه بطريق هو ان المصة داخلة في المصتين فحاصله لا تحرم المصتان ولا الاملاجتان فنفى التحريم عن اربع فلزم أن يثبت بخمس وهذا ليس بشئ أما أولا فلأن مذهبه ليس التحريم بخمس مصات بل بخمس مشبعات في أوقات وأما ثانيا فلأن المصة غير الاملاجة فان المصة فعل الرضيع والاملاجة الارضاعة فعل المرضعة فحاصل المعنى انه صلى الله عليه وسلم نفى كون الفعلين محرمين منه ومنها وعلى هذا فالتحقيق انه لا يتأتى حديثا واحدا لان الاملاج ليس حقيقة المحرم بل لازمه من الارتضاع فنفى تحريم الاملاج نفى تحريم لازمه فليس الحاصل من لا تحرم الاملاجتان الا لا تحرم لازمهما أعني المصتين فلو جمعا في حديث واحد كان الحاصل لا تحرم المصتان فلزم أن لا يصح أن يراد الا المصتان لا الاربع فان قلت فقد ذكرت آنفا حديثا واحدا في صحيح ابن حبان من رواية ابن الزبير عن أبيه رضي الله عنه قلت يجب كون الراوي وهو الزبير أراد أن يجمع بين ألفاظه صلى الله عليه وسلم التي سمعها منه في وقتين كأنه قال قال صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة ولا المصتان وقال أيضا لا تحرم الاملاجة ولا الاملاجتان وقيل بطريق آخر وهو انه ناف لمذهبنا فيثبت به مذهبه لعدم القائل بالفصل وليس كذلك فانه قال بالفصل أبو ثور وابن المنذر وداود وأبو عبيد وهؤلاء أئمة الحديث قالوا المحرم ثلاث رضعات اللهم الا أن لا يعتبر قولهم وفيه نظر لقوة وجهه بالنسبة الى وجه قول الشافعي رحمه الله وذلك أن الذي أثبت به مذهبه ما في مسلم عن عائشة رضي الله عنها قالت كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخن بخمس رضعات معلومات يحرمن فتوفي النبي صلى الله عليه وسلم وهن فيما يقرأ من القرآن قالوا وهذا يدل على قرب النسخ حتى ان من لم يبلغه كان يقرؤها وهو لا يستقيم الا على ارادة نسخ الكل والا لزم ضياع بعض القرآن الذي لم ينسخ وعدمه كما عن الروافض والاولى أن يتلى خمس رضعات الخ فدار الامر بين الحكم بنسخ الكل لعدم التلاوة الآن فينبغي أن يوقف ثبوت الحرمة على خمس رضعات وعدمه فيثبت قول الروافض ذهب كثير من القرآن بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم لم تثبته الصحابة رضي الله عنهم واذا بطل التمسك به وان كان اسناده صحيح الانقطاعه باطنا وثبت نفي تحريم المصة والمصتان والرضاع محرم وجب التحريم بالثلاث وما روى عنها انه كان في صحيفة تحت سريري فلما مات صلى الله عليه وسلم تشاغلنا بموته فدخلت دواجن فأكلتها لا ينفي ذلك النسخ يعني كان مكتوبا ولم يغسل بعد للقرب حتى دخلت

لقوله عليه السلام لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان والمصة فعل الرضيع والاملاجة فعل المرضع وهو الارضاع ووجه الاستدلال به انه يدل على ان القليل منه غير محرم وأما ان يكون منحصرا في خمس مشبعات فليس له دلالة على ذلك لكن لما انتفى به مذهب خصمه ثبت مذهبه لعدم القائل بالفصل وفيه نظر لان من أصحاب الظواهر من يقول بثلاث رضعات مشبعات وتمسك بحديث عائشة كان فيما أنزل عشر رضعات معلومات يحرمن فنسخن بخمس رضعات معلومات يحرمن وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان أدل على المطلوب

قال المصنف (لقوله صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة الحديث) أقول الاملاجة الارضاعة والتاء للوحدة

ولناقوله تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم الآية وقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشور العظم وانبات اللحم لكنه أمر مبطن

الدواجن والافالقرآن لا تجوز الزيادة فيه ولا النقص بعده صلى الله عليه وسلم قال تعالى انا نحن نزلنا الذكر وانا له لحافظون وما قيل ليكن نسخ الكل ويكون نسخ التلاوة مع بقاء الحكم وان هذا مما الجواب عنه فليس بشئ لان ادعاء بقاء حكم الدال بعد نسخه يحتاج الى دليل والافالاصل ان نسخ الدال يرفع حكمه وأما ما نظر به من الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما فلولا ما علم بالسنة والاجماع لم يثبت به واذا احتاج الى ثبوت كون المحرم الخمس ولم يكن هذا الحديث مثبتاله فالدليل عليه مستأنف وما ذكرناه أولا فدع عنك ما فيه فحينئذ تمسكهم فى الثلاث أظهر من متمسكه فى الخمس ونحن الى جوابه أحوج فكيف لا يعتبر نعم أحسن الادلة له حديث عائشة رضى الله عنها فى مسلم وغيره قالت جاءت سهلة بنت سهيل امرأة أبى حذيفة الى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إنى أرى فى وجه أبى حذيفة من دخول سالم وهو حليفه فقال صلى الله عليه وسلم أرضعى سالما خمسا تحرمى بها عليه الآن مسلما لم يذكر عددا وكذا السنن المشهورة بل نقل فى مسند الشافعى رحمه الله مخالفها على ما فيه والجواب ان التقدير مطلقا منسوخ صرح بنسخه ابن عباس رضى الله عنهما حين قيل له ان الناس يقولون ان الرضعة لا تحرم فقال كان ذلك ثم نسخ وعن ابن مسعود رضى الله عنه قال آل أمر الرضاع الى أن قليله وكثيره يحرم وروى عن ابن عمر ان القليل يحرم وعنه انه قيل له ان ابن الزبير رضى الله عنه يقول لا بأس بالرضعة والرضعتين فقال قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير قال تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة فهذا اما أن يكون ردا للرواية لنسخها أو لعدم صحتها أو لعدم اجازته تقييد اطلاق الكتاب بخبر الواحد فانه تعالى علق التحريم بفعل الرضاعة من غير فصل وهذا ما قال المصنف رحمه الله وما رواه مردود بالكتاب أو منسوخ به ثم الذى يحرم به فى حديث سهلة أنه صلى الله عليه وسلم لم يرد ان يشبع سالما خمس شبعات فى خمسة أوقات متفاصلات جائعا لان الرجل لا يشبعه من اللبن رطل ولا رطلان فأين تجد الآدمية فى ثديها قدر ما يشبعه هذا محال عادة فالظاهر ان المعدود خمسا فيه المصات ثم كيف جاز أن يباشر عورتها بشفتيه فلعل المراد أن تحلب له شيأ مقداره خمس مصات فيشربه والا فهو مشكل هذا وهو منسوخ من وجه آخر أيضا كما سيأتى بيانه والله أعلم **(قوله ولناقوله تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم)** تقدم فى استدلال ابن عمر رضى الله عنهما وأما قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فحديث فى الصحيحين مشهور **(قوله ولأن الحرمة وان كانت لشبهة البعضية)** جواب سؤال هو ان الحرمة بالرضاع لاختلاط البعضية بسبب النشوء الكائن عنه وذلك لا يتحقق بأدنى شئ أجاب بأن ذلك حكمة لانه خفى والاحكام لا تتعلق بها لخفائها بل بالظاهر المنضبط وهو فعل الارتضاع فلو قال الظاهر لابد من كونه مظنة للحكمة ومطلقه ليس مظنة النشوء فلا يتعلق التحريم به قلنا ولا يتوقف النشوء على خمس مشبعات بل واحدة تفيده فالتعلق بخمس زيادة تستلزم تأخير الحرمة عن وقت تعلقها والحق ان الرضاع وان قل يحصل به نشوء بقدره فكان الرضاع مطلقا مظنة بالنسبة الى الصغير وقولنا قول جمهور الصحابة منهم على وابن مسعود وأسند الرواية عنهما النسائى وابن عباس رضى الله عنهما وجمهور التابعين هذا والاولى أن يقال للبعضية لان الحرمة لشبهة البعضية واقامة السبب مقام المسبب انما هى حرمة المصاهرة أما فى الرضاع فحقيقة الجزئية باللبن هى المحرمة لكن لما كان التحريم يثبت بمجرد حصول اللبن فى الجوف قبل استحالته كان المحرم شبهتها أى ما يؤول الى الجزئية وينبغى أن يكون الرضاع الموجب

للتحريم

لكن قولها مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم يضعفه لانه لا نسخ بعده ولناقوله تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل يعنى فى الكتاب والسنة والزيادة على الكتاب بخبر الواحد لا تجوز على ما عرف **(قوله ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية)** دليل معقول يتضمن جواب سؤال مقدر تقديره تحريم الرضاع باعتبار انشار العظم وانبات اللحم وليس ذلك فى القليل وتقرير الجواب الحرمة وان كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشور العظم وانبات اللحم لكنه أمر مبطن فتعلق الحكم بفعل الارضاع

(قوله لكن قولها مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم يضعفه لانه لا نسخ بعده) أقول قال الرافعى فى شرح الوجيز وحمل ذلك على قراءة حكمها الثابت يعنى قولها وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم محمول على قراءة الحكم وبه يندفع ما ذكره الشارح

وقوله (وما رواه) جواب عن استدلال الخصم بأن ما رواه مردود بالكتاب لان العمل به أقوى على تقدير ان يكون الكتاب قبله أو منسوخ ان كان بعده والانشار بالراء الاحياء وفى التنزيل ثم اذا شاء أنشره ومنه لارضاع الا ما أنشر العظم وأنبت اللحم أى قواه وشدّه كانه أحياه ويروى بالزاى كذا فى المغرب قوله (وينبغى ان يكون فى مدة الرضاع) ظاهر وقوله لان الحول حسن للتحول من حال الى حال) باعتبار حولان الحول الموجب لتغيير الطباع ولا بد من الزيادة على الحولين لما تبين يعنى فى وجه قول أبى حنيفة فتقدر أى الزيادة به أى بالحول ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ووجه الاستدلال ما ذكره انه جعل مدة الحمل والفصال ثلاثين شهرا ومدة الحمل أدناها ستة أشهر فبقى للفصال حولان وقوله (عليه السلام لا رضاع بعد حولين، ولابى حنيفة رحمه الله هذه الآية) يعنى قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا (ووجهه ما ذكر ان الله تعالى ذكر شيئين) يعنى الحمل والفصال (وضرب لهما مدة) وهو قوله تعالى ثلاثون شهرا وكل ما كان كذلك كانت المدة لكل واحد منهما بكمالها كما فى الاجل المضروب للدينين مثل ان يقول لفلان على ألف درهم وخمسة أقفزة حنطة الى شهرين يكون الشهران أجلا لكل واحد من الدينين بكماله الا انه قام المنقص فى أحدهما يعنى الحمل وهو حديث عائشة الولد لا يبقى فى بطن أمه أكثر من سنتين ولو بقدر فلكة مغزل فان قلت هذا المنقص على تقدير كونه حديثا يلزم به تغيير الكتاب وهو لا يجوز أجيب بأن الكتاب مأول فان عامة أهل التفسير جعلوا الاجل المضروب للدينين متوزعا عليهما فلم يكن دلالة الكتاب على ما استدل به المصنف قطعية ويؤيده ما روى ان رجلا تزوج امرأة فولدت لستة أشهر فجىء بها الى عثمان فشاور فى رجمها فقال ابن عباس ان خاصمتكم بكتاب الله خصمتكم قالوا كيف قال ان الله تعالى يقول وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقال والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين فحمله ستة أشهر وفصاله حولان فتركها

فتعلق الحكم بفعل الارضاع وما رواه مردود بالكتاب أو منسوخ به وينبغى أن يكون فى مدة الرضاع لما نبين (ثم مدة الرضاع ثلاثون شهرا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا سنتان) وهو قول الشافعى رحمه الله وقال زفر ثلاثة أحوال لان الحول حسن للتحول من حال الى حال ولا بد من الزيادة على الحولين لما نبين فيقدر به ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ومدة الحمل أدناها ستة أشهر فبقى للفصال حولان وقال النبى عليه السلام لا رضاع بعد حولين وله هذه الآية ووجهه انه تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالاجل المضروب للدينين الا أنه قام المنقص فى أحدهما فبقى فى الثانى على ظاهره ولانه لا بد من تغير الغذاء لينقطع الانبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود الصبى فيها غيره فقدرت بأدنى مدة الحمل لانها مغيرة فان غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع كما يغاير غذاء الفطيم

للتحريم فى مدة الرضاع على ما نبين فى المسئلة التى تليها وهى قوله (ثم مدة الرضاع) التى اذا وقع الرضاع فيها تعلق به التحريم (ثلاثون شهرا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا سنتان) وهو قول الشافعى ومالك وأحمد وقال زفر ثلاثة أحوال وعن مالك رحمه الله سنتان وشهر وفى أخرى شهران وفى أخرى ما دام محتاجا الى اللبن غير مستغن عنه وقال بعضهم لا حد له للاطلاقات فيوجب التحريم ولو فى حال الكبر وعن بعضهم الى خمس عشرة سنة وقال آخرون الى أربعين سنة ولا عبرة بهذين القولين (قوله لان الحول حسن الخ) هذا وجه قول زفر رحمه الله وحاصله انه لا بد من مدة يتعود فيها الصبى غير اللبن لينقطع الانبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود فيها الصبى تغير الغذاء والحول حسن للتحول من حال الى حال لاشتماله على الفصول الاربعة فقدر بالثلاثة وهذا هو المراد بقوله لما نبين أى فى دليل أبى حنيفة رحمه الله ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ومدة الحمل أدناها ستة أشهر فبقى للفصال حولان وقال صلى الله عليه وسلم لا رضاع بعد حولين رواه الدارقطنى عن ابن عباس يرفعه هكذا لا رضاع الا ما كان من حولين وظاهر ان المراد فى الاحكام وقال لم يسنده عن ابن عيينة الا الهيثم بن جميل وهو ثقة حافظ اه وكذا وثقه أحمد رحمه الله والعجلى وابن حبان وغير واحد وروى موقوفا على ابن عباس رضى الله عنهما بلا ريب وأخرجه ابن أبى شيبة موقوفا على ابن مسعود وعلى والدارقطنى على عمر وأظهر الادلة لهما قوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة فجعل التمام بهما ولا مزيد على التمام ولابى حنيفة رحمه الله هذه الآية ووجهه انه سبحانه ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالاجل المضروب للدينين على شخصين بأن قال أجلت الدين

قال المصنف (لما نبين فيقدر به) أقول بعد ثلاثة أسطر (قوله فلم تكن دلالة الكتاب الخ) أقول بل لا احتمال لتلك الدلالة والا يلزم التغيير المستحيل فلا يصح الاستدلال

واذا لم تكن دلالتها على ذلك كذلك لم يلزم التغيير وانما يلزم اثبات مسئلة فرعية بآية مأولة ولا بعد فيه ولانه لابد من تغير الغذاء لينقطع الانبات باللبن ويحصل تغير ابقاء لحياته وذلك أى التغير بزيادة مدة يتعود الصبى فيها غيره لان القطع عن اللبن دفعة من غير ان يتعود غيره مهلك وهذا هو الذى وعده المصنف لزفر لكنه قدره بسنة كما فى العينى وقدرناه بأدنى مدة الحمل لانها مغيرة فان غذاء

والحديث محمول على مدة الاستحقاق وعليه يحمل النص المقيد بحولين فى الكتاب

الذى لى على فلان والدين الذى لى على فلان سنة يفهم منه أن السنة بكمالها الكل أو على شخص فيقول لفلان على ألف درهم وعشرة أقفزة الى سنة فصدقه المقرله فى الاجل فاذا مضت السنة يتم أجلهما جميعا الا انه قام المنقص فى أحدهما يعنى فى مدة الحمل وهو قول عائشة رضى الله عنها الولد لا يبقى فى بطن أمه أكثر من سنتين ولو بقدر فلكة مغزل وفى رواية ولو بقدر ظل مغزل ومثله مما لا يقال الا سماعا لان المقدرات لا يهتدى العقل اليها وسنخرجه فى موضعه ان شاء الله تعالى وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم الولد لا يبقى فى بطن امه أكثر من سنتين فتبقى مدة الفصال على ظاهرها غير ان هذا يستلزم كون لفظ ثلاثين مستعملا فى اطلاق واحد فى مدلول ثلاثين وفى أربعة وعشرين وهو الجمع بين الحقيقى والمجازى بلفظ واحد وكونه بالنسبة الى شيئين لا ينفى كونه كذلك وهو الممتنع والا لم يمتنع لانه ما من جمع الا بالنسبة الى شيئين واشكال آخر وهو ان أسماء العدد لا يتجوز بشئ منها فى الآخر نص عليه كثير من المحققين لانها بمنزلة الاعلام على مسمياتها حتى منعت الصرف مع سبب واحد فقالوا ستة عشر ضعف ثمانية بلا تنوين وممن ذكر صاحب النهاية فى فصل المشيئة من كتاب الطلاق الا أنه يقتضى ان نحو عشرة الا اثنين لم يرد به ثمانية بل عشرة فاخرج ثم اسند الى ثمانية وهو قول طائفة من الاصوليين مطلقا ومختار طائفة من المشايخ فيما اذا كان استثناء من عدد منهم شمس الائمة وفخر الاسلام والقاضى أبو زيد خلاف قول الجمهور وقد حققناه فى الاصول ويمكن أن يستدل لابى حنيفة رحمه الله بقوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن الآية بناء على أن المراد من الوالدات المطلقات بقرينة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن فان الفائدة فى جعل نفقتها من حيث هى ظئر أوجه منها فى اعتباره ايجاب نفقة الزوجة لان ذلك معلوم بالضرورة قبل البعثة ومن قوله تعالى لينفق ذو سعة الآية ولان نفقتها لا تختص بكونها والدة مرضعة بل متعلقة بالزوجية بخلاف اعتبارها نفقة الظئر ويكون حينئذ أجرة لها الا ان النفقة لها باعتبارها ظئرا غير زوجة لا تكون الا أجرة لها واللام من لمن أراد متعلق بيرضعن أى يرضعن للآباء الذين أرادوا اتمام الرضاعة وعليهم رزقهن وكسوتهن بالمعروف أجرة لهن فى الحولين واذا كانت الواو من وعلى المولود له للحال من فاعل يتم كان أظهر فى تقييد الاجرة المستحقة على الآباء أجرة للمطلقة لحولين وغاية ما يلزم أنه كان مقتضى الظاهر ان يقال وعليه أو وعليهم لكن ترك للتنبيه على علة الاستحقاق عليه وهو كون الولد منسوبا اليه وان النسبة الى الآباء والحاصل حينئذ يرضعن حولين لمن أراد من الآباء أن يتم الرضاعة بالاجرة وهذا لا يقتضى ان انتهاء مدة الرضاعة مطلقا بالحولين بل مدة استحقاق الاجرة بالارضاع ثم يدل على بقائها فى الجملة قوله تعالى فان أرادا فصالا عطفا بالفاء على يرضعن حولين فعلق الفصال بعد الحولين على تراضيهما وقد يقال كون الدليل دل على بقاء مدة الرضاع المحرم بعد الحولين فأين الدليل على انتهائها الستة أشهر بعدهما بحيث لو أرضع بعدها لا يقع التحريم وما ذكر فى وجه زيادتها لا يفيد سوى أنه اذا أريد الفطام يحتاج اليها ليعود فيها غير اللبن قليلا قليلا لتعذر نقله دفعة فأما انه يجب ذلك بعد الحولين ويكون من تمام مدة التحريم شرعا فليس بلازم مما ذكر من الادلة ولا شك ان الشرع لم يحرم

الجنين يغاير غذاء الرضيع فان غذاء الجنين كان غذاء أمه ثم صار لبنا خالصا كما ان غذاء الرضيع يغاير غذاء الفطيم لان غذاء الرضيع اللبن وغذاء الفطيم اللبن مرة والطعام أخرى لانه يفطم تدريجا فكان الحاصل انه لابد من تغيير الغذاء وتغيير الغذاء بستة أشهر فلابد من ستة أشهر وقوله والحديث محمول يعنى قوله عليه السلام لا رضاع بعد حولين محمول على مدة الاستحقاق وأبهم المصنف الاستحقاق لان بعضهم قال المراد من لا رضاع بعد حولين لا يستحق الولد الرضاع بعد الحولين وقال بعضهم نفى استحقاق الاجرة وكثير منهم قالوا ان مدة الرضاع فى حق استحقاق الاجر على الاب مقدرة بحولين عند الكل حتى لا تستحق المطلقة أجرة الرضاع بعد الحولين بالاجماع وهذا لان قوله عليه السلام لا رضاع لنفى الجنس وعينه قد توجد بعد حولين فكان عدم الوجوب وعدم الجواز محتملين فلم يكن حجة وعليه أى وعلى الاستحقاق يحمل النص المقيد بحولين فى الكتاب يعنى قوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين بدليل قوله تعالى بعده فان أرادا فصالا عن تراض فانه ذكر بحرف الفاء معلقا له بالتراضى ولو كان الرضاع بعده حراما لم يعلق به لانه لا أثر

اطعامه

(قوله واذا لم تكن دلالتها على ذلك كذلك) أقول يعنى اذا لم تكن دلالتها عليه قطعية (قوله وانما يلزم اثبات مسئلة فرعية بآية مأولة ولا بعد فيه) أقول امكان الاثبات لا يكون الا بامكان الحمل على ذلك المعنى وذلك منتف

قال (واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم) لقوله عليه السلام لا رضاع بعد الفصال ولان الحرمة باعتبار النشوء وذلك في المدة اذ الكبير لا يتربى به

اطعامه غير اللبن قبل الحولين لم يلزم زيادة مدة التعود عليهما لجاز أن يعود مع اللبن غيره قبل الحولين بحيث تكون العادة قد استقرت مع انقضائهما فيفطم عنده عن اللبن مرة فليست الزيادة بلازمة في العادة ولا في الشرع فكان الاصح قولهما وهو مختار الطحاوي وقول زفر على هذا أولى بالبطلان وهو ظاهر وحينئذ فقوله تعالى فان أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور المراد منه قبل الحولين فانه موضع التردد في أنه يضر بالولد أولا فيتشاوران ليظهر وجه الصواب فيه وأما ثبوت الضرر بعد الحولين فقل أن يقع به من حيث انه فطام بل ان كان فمن جهة أخرى فتمنعه العمومات المانعة من ادخال الضرر على غير المستحق له (قوله واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم) فطم أو لم يفطم حتى لو ارتضع لا يثبت التحريم خلافا لمن قال بالتحريم أبدا للاطلاقات الدالة على ثبوت التحريم به وهو مروي عن عائشة رضي الله عنها فكانت اذا أرادت أن يدخل عليها أحد من الرجال أمرت أختها أم كلثوم أو بعض بنات أختها أن ترضعه خمسا ولحديث سهلة المتقدم والجواب ان هذا كان ثم نسخ بآثار كثيرة عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة رضوان الله عليهم أجمعين تفيد اتفاقهم عليه فنها ما قدمناه في استدلالهما من قوله صلى الله عليه وسلم لا رضاع الا ما كان من حولين وقدمنا تخريجه مرفوعا وموقوفا على ابن عباس وعلي وعمر وابن مسعود رضي الله عنهم أجمعين وما ذكره المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام لا رضاع بعد الفصال والمراد نفي الحكم لانه قد ثبت هو بنفسه بعده وما في الترمذي من حديث أم سلمة انه صلى الله عليه وسلم قال لا يحرم من الرضاع الا ما فتق الامعاء في الثدي وكان قبل الفطام قال الترمذي حديث حسن صحيح وفي سنن أبي داود من حديث ابن مسعود يرفعه لا يحرم من الرضاع الا ما أنبت اللحم وأنشر العظم يروى بالراء المهملة أي احياه ومنه قوله تعالى ثم اذا شاء أنشره وبالزاي أي رفعه وبزيادة الحجم يرتفع وفي الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم وعندي رجل فقال يا عائشة من هذا قلت أخي من الرضاعة فقال يا عائشة انظرن من اخوتكن فان الرضاعة من المجاعة يعني اعرفن اخوتكن لخشية أن يكون رضاعة ذلك الشخص كانت في حالة الكبر فان قلت عرف من أصلكم ان عمل الراوي بخلاف ما روى يوجب الحكم بنسخ ما روى فلا يعتبر ويكون بمنزلة روايته للناسخ وحديث الصحيحين وهو قوله انما الرضاعة من المجاعة روته عائشة رضي الله عنها وعملها بخلافه فيكون محكوما بنسخ كون رضاع الكبير محرما قلنا المعنى انه اذا لم يعرف من الحال سوى انه خالف مرويه حكمنا بأنه اطلع على ناسخه في نفس الامر ظاهرا لان الظاهر انه لا يخطئ في ظن غير الناسخ ناسخا الا قطعا فلو اتفق في خصوص محل بأن عمله بخلاف مرويه كان لخصوص دليل علمناه وظهر للمجتهد غلطه في استدلاله بذلك الدليل لا شك انه لا يكون مما يحكم فيه بنسخ مرويه لان ذلك ما كان الا لاحسان الظن بنظره فأما اذا تحققنا في خصوص مادة خلاف ذلك وجب اعتبار مرويه بالضرورة دون رأيه وفي الموطأ وسنن أبي داود عن يحيى بن سعيد ان رجلا سأل أبا موسى الاشعري فقال اني مصصت عن امرأتي من ثديها لبنا فذهب في بطني فقال أبو موسى لا أراها الا قد حرمت عليك فقال عبد الله ابن مسعود انظر ما تفتي به الرجل فقال أبو موسى فما تقول أنت فقال عبد الله لا رضاعة الا ما كان في حولين فقال أبو موسى لا تسألوني عن شيء ما دام هذا الحبر بين أظهركم هذه رواية الموطأ فرجوعه اليه بعد ظهور النصوص المطلقة وعما أفتاه بالحرمة لا يكون الا لذكر الناسخ له أولتذكره عنده وغير عائشة من نساء النبي صلى الله عليه وسلم يأبين ذلك ويقلن لا نرى هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم الا رخصة لسهلة خاصة ولعل سببه ما تضمنه مما يخالف أصول الشرع حيث يستلزم مس

في اللغة الراضع يقال لئيم راضع أي يرضع غنمه ولا يحلبها مخافة أن يسمع صوت حلبه فيطلب منه اللبن

للرضا في ازالة المحرم شرعا (قوله واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم) سواء فطم أو لم يفطم واذا فطم قبلهما لم يعتبر الفطام الا في رواية عن أبي حنيفة حتى لو فطم صبي قبل الحولين أو قبل ثلاثين شهرا عند أبي حنيفة ثم أرضعته امرأة قبل ان تمضي عليه مدة الرضاع تعلق به التحريم في ظاهر الرواية دون رواية الحسن اذا استغنى عنه وما في الكتاب ظاهر ومن الناس من سوى بين الصغير والكبير في حرمة الرضاع تشبثا بظواهر النصوص وهو فاسد لان المذكور في ذلك النصوص الرضاع وهو يقتضي رضيعا لا محالة والكبير لا يسمى رضيعا روي ان أبا موسى الاشعري سئل عن رضاع الكبير فأوجب الحرمة ثم أتوا عبد الله ابن مسعود فسألوه عن ذلك فقال أترون هذا الاشمط رضيعا فيكم فبلغ أبا موسى فقال لا تسألوني عن شيء ما دام هذا الحبر بين أظهركم وقد اتفقت الصحابة على هذا

(قوله والكبير لا يسمى رضيعا الخ) أقول قد سبق ان الرضاع في اللغة مص اللبن من الثدي مطلقا ولا نسلم انه يقتضي رضيعا بل راضعا ويطلق على الكبير

ولا يعتبر الفطام قبل المدة الا فى رواية عن أبى حنيفة رحمه الله اذا استغنى عنه ووجهه انقطاع النشوء بتغير الغذاء وهل يباح الارضاع بعد المدة فقيل لا يباح لان اباحته ضرورية لكونه جزء الآدمى قال (ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) للحديث الذى روينا (الا أم أخته من الرضاع

عورتها بشفتيه فيمكن بان ذلك خصوصية وقيل سببه أن عائشة رجعت وفى الموطا عن ابن عمر جاء رجل الى عمر بن الخطاب فقال كانت لى وليدة فكنت أصيبها فعمدت امرأتى اليها فأرضعتها فدخلت عليها فقالت دونك قد والله أرضعتها قال عمر أوجعها وأت جاريتك فانما الرضاعة رضاعة الصغير (قوله ولا يعتبر الفطام قبل المدة) حتى لو فطم قبل المدة ثم أرضع فيها ثبت التحريم الا فى رواية عن أبى حنيفة انه اذا فطم قبل المدة وصار بحيث يكتفى بغير اللبن لا تثبت الحرمة اذا رضع فيها رواها الحسن عنه وفى واقعات الناطفى الفتوى على ظاهر الرواية انها تثبت ما لم تمض اقامة للمظنة مقام المئنة فان ما قبل المدة مظنة عدم الاستغناء (وهل يباح الارضاع بعد المدة قيل لا لانه جزء الآدمى فلا يباح الانتفاع به الا الضرورة) وقد اندفعت وعلى هذا لا يجوز الانتفاع به للتداوى وأهل الطب يثبتون للبن البنت أى الذى نزل بسبب بنت مرضعة نفعا لوجع العين واختلف المشايخ فيه قيل لا يجوز وقيل يجوز اذا علم انه يزول به الرمد ولا يخفى ان حقيقة العلم متعذرة فالمراد اذا غلب على الظن والا فهو معنى المنع (قوله ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذى رويناه) وهو بهذا اللفظ (قوله الا أم أخته من الرضاع) يصح اتصال قوله من الرضاع بكل من الام والاخت وبهما من جهة المعنى فالاول أن يكون للرجل أخت من النسب لها أم من الرضاعة لم تكن أرضعته تحل له والثانى أن يكون له أخت من الرضاعة لها أم من النسب تحل له اذا لم تكن هى المرضعة والثالث أن يرضع الصبى والصبية امرأة ولاخته من الرضاعة أم أخرى من الرضاع يحل للصبى تلك الام أما من جهة الصناعة فانما يتعلق بالام حالا منه لان الام معرفة فيجىء الجار والمجرور حالا منه لا متعلقا بمحذوف وليس صفة لانه معرفة أعنى أم أخته بخلاف أخته لانه مضاف اليه وليس فيه شئ من مسوغات مجىء الحال منه ومثل هذا يجىء فى أخت ابنه ولو قال أخت ولده كان أشمل فالاول له ابن من النسب له أخت من الرضاعة بأن ارتضع مع أجنبية من لم تكن امرأة أبيه حلت لابيه لانها ليست بنته من الرضاعة ولا ربيبته والثانى له ابن من الرضاع بأن ارتضع زوجة الرجل حلت للرجل أخته من النسب والثالث له ابن من الرضاع كما ذكرنا له أخت من الرضاعة من غير زوجة ذلك الرجل بأن ارتضع ذلك الولد امرأتين حلت أخته لابيه من الرضاعة وعلل استثناء الاول بعدم وجود المحرم من النسب فيه الذى هو معنى قوله بخلاف الرضاع بعد تعليله الحرمة فى أم أخته من النسب بكونها أمه أو موطوءة أبيه وكذا فى تعليله اخراج أخت ابنه من الرضاع بقوله ولم يوجد هذا المعنى فى الرضاع بعد تعليله حرمة أخت الابن من النسب بقوله لانه لما وطئ أمها حرمت عليه وانما اقتصر على هذا بناء على انها ليست بنته لوضوح الشق الآخر فأفاد بالتعليلين ان المحرم فى الرضاع وجود المعنى المحرم فى النسب ليفيد انه اذا انتفى فى شئ من صور الرضاع انتفت الحرمة فيستفاد انه لا حصر فيما ذكر وقد ثبت كذلك الانتفاء فى صور أخرى الاولى أم النافلة من الرضاع بأن أرضعت نافلتك أجنبية يجوز التزوج بها لانتفاء سبب التحريم فى النسب وهى كونها ابنتا أو حليلة الابن الثانية جدة ولدك من الرضاع بأن أرضعت ولدك أجنبية لها أم يجوز تزوجك بالام لانها ليست أمك وزاد بعضهم أم العم من الرضاع وأم الخال من الرضاعة وكذا عمة ولدك لانها من النسب أختك وليست أختا من الرضاع وكذا المرأة يحل لها أن تتزوج بابن أختها من الرضاع وبأخى ولدها وبأبى حفيدها منه وبجد ولدها منه وخاله ولا يجوز ذلك كله فى النسب لما قلنا فى حق الرجل وقد جمعت فى قوله

قال (ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب لما روينا) من قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب الا صورتين ذكرهما المصنف وهو واضح وقوله (الا أم أخته من الرضاع) جاز أن يتعلق بالاخت مثل ان يكون للرجل أخت من الرضاعة ولها أم من النسب فانه يجوز له ان يتزوج أم أخته التى كانت أمها من النسب وجاز أن يتعلق بالام مثل ان يكون له أخت من النسب ولها أم من الرضاعة فانه يجوز له ان يتزوج أم أخته التى كانت أمها من الرضاعة وجاز ان يتعلق بهما جميعا مثل ان يجتمع الصبى والصبية الاجنبيان على ثدى امرأة واحدة أجنبية وللصبية أم أخرى من الرضاعة فانه يجوز لذلك الصبى ان يتزوج أم أخته التى كانت الام من الرضاعة التى انفردت بها رضيعا وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب

(قوله جاز أن يتعلق بالاخت الخ) أقول يعنى بحسب المعنى والا فهو بحسب الصناعة حال من الام

فانه يجوز أن يتزوجها (ولا يجوز) أن يتزوج أم أخته (من النسب) لانها تكون أمه أو موطوءة أبيه بخلاف الرضاع ويجوز أن يتزوج أخت ابنه من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لانه لما وطئ أمها حرمت عليه ولم يوجد هذا المعنى فى الرضاع (وامرأة أبيه أو امرأة ابنه من الرضاع لا يجوز أن يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب) لما روينا وذكر الاصلاب فى النص لاسقاط اعتبار التبني

يفارق النسب الرضاع فى صور * كأم نافلة وجدة الولد
وأم عم وأخت ابن وأم أخ * وأم خال وعمة ابن اعتمد

واستشكل الحاقّ أم العم وأم الخال بأنهما اما أن يكون كل منهما جدته من الرضاع أو موطوءة جده من الرضاع وكلاهما محرم فى النسب الا ان أراد بالم من الرضاع من رضع مع أبيه وبالخال منه من رضع مع أمه وله أم أخرى من النسب أو الرضاع فحينئذ يستقيم ولقائل أن يمنع الحصر لجواز كونها لم ترضع أباه ولا أمه فلا تكون جدته من الرضاع ولا موطوءة جده بل أجنبية أرضعت عمه من النسب وخاله ثم قالت طائفة هذا الاخراج تخصيص للحديث أعنى يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب بدليل العقل والمحققون على انه ليس تخصيصا لانه أحال ما يحرم بالرضاع على ما يحرم بالنسب وما يحرم بالنسب هو ما تعلق به خطاب تحريمه وقد تعلق بما عبر عنه بلفظ الامهات والبنات واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت فما كان من مسمى هذه الالفاظ متحققا فى الرضاع حرم فيه والمذكورات ليس شئ منها من مسمى تلك فكيف تكون مخصصة وهى غير متناولة ولذا اذا خلا تناول الاسم فى النسب جاز النكاح كما اذا ثبت النسب من اثنين ولكل منهما بنت جاز لكل منهما أن يتزوج بنت الآخر وان كانت أخت ولده من النسب وأنت اذا حققت مناط الاخراج أمكنك تسمية صور أخرى والاستثناء فى عبارة الكتاب على هذا يجب أن يكون منقطعا أعنى قوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب الا أم أخته الخ وعلى هذا فالاستدلال على تحريم حليلة الاب والابن من الرضاع بقوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب مشكل لان حرمتهما ليست بسبب النسب بل بسبب الصهرية فان المحرمات من النسب سبع وهن اللاتى عددناهن آنفا كما فى آية المحرمات وما بعدهن فيها المحرمات بالرضاع والصهرية ومقتضى الحديث ان من كانت اما من الرضاعة أو بنتا أو أختا أو بنت أخ الخ تحرم فاثبات تحريم حليلة كل من الاب والابن من الرضاعة قول بلا دليل بل الدليل يفيد حلها وهو قيد الاصلاب فى الآية وكونه لاخراج حليلة المتبنى لا ينفى ان يكون لاخراج حليلة الاب والابن من الرضاع لصلاحيته لذلك فكان لاخراجهما أيضا ولا يلزم كون الحديث غير معمول به على هذا التقدير بل يوفر على كل من الحديث والنص مقتضى لفظه بخلاف حرمة الجمع بين الاختين من الرضاع فان الحديث المذكور يفيد منعه لانه يحرم من النسب الجمع بين الاختين منه فكذا الجمع بين أختين من الرضاع فان قلت فلمثبت بالقياس على حرمة المصاهرة بجامع الجزئية فالجواب ان الجزئية المعتبرة فى حرمة الرضاع هى الجزئية الكائنة عن النشوء وانبات اللحم لا مطلق الجزئية وهذه ليست الجزئية الكائنة فى حرمة المصاهرة اذ لا إنبات للحم من المنى المنصب فى الرحم لانه غير واصل من الاعلى فهو بالحقنة أشبه منه بالمشروب حيث يخرج كلها شيأ فشيأ حتى لا يبقى منها شئ ولا يستحيل الى جوهر الانسان كما يخرج المنى ولذا فلا يبقى منه فى المرأة شئ استحال الى جوهرها (قوله وامرأة أبيه أو امرأة ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب) أى كما لا يجوز تزوج امرأة أبيه أو ابنه من النسب كذا لا يجوز تزوج امرأة أبيه أو ابنه من الرضاع فان قيل ذكر الاصلاب فى آية المحرمات يخرجهما أجيب بانها نزلت لاسقاط طعنهم بسبب تزوجه صلى الله عليه وسلم زوجة المتبنى فالقيد لاسقاط حرمة زوجته بقى ان يقال فمن أين يثبت تحريمهما ويجاب بعموم حديث يحرم من الرضاع ما يحرم

وقوله (لاسقاط اعتبار التبني) فان حليلة الابن المتبنى كانت حراما فى الجاهلية فان قيل لم لا يجوز ان يكون لاسقاط حليلة ابن الرضاع أو لاسقاطهما جميعا وما وجه ترجيح جانب حليلة الابن المتبنى فى الاسقاط أجيب بأن حرمة حليلة ابن الرضاع ثابتة بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فحملناه على حليلة الابن المتبنى لئلا يلزم التدافع بين موجب الكتاب والسنة المشهورة

على ما بيناه (ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهو أن ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى آبائه وأبنائه ويصير الزوج الذي نزل لها منه اللبن أبا للمرضعة) وفي أحد قولي الشافعي لبن الفحل لا يحرم لان الحرمة لشبهة البعضية واللبن بعضها لا بعضه ولنا ما روينا والحرمة بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع وقال عليه السلام لعائشة رضي الله عنها ليلج عليك أفلح فانه عمك من الرضاعة

من النسب وقد علمت ما في الجوابين ومن فروعه ما فرع لطيف وهو رجل زوج أم ولده من رضيع ثم اعتقها فاختارت نفسها ثم تزوجت بزوج آخر وولدت منه ثم جاءت الى الرضيع الذي كان زوجها فأرضعته حرمت على زوجها لان الصغير صار ابنا له فلو بقي النكاح صار متزوجا بامرأة ابنه من الرضاعة (قوله على ما بيناه) أي في فصل المحرمات (قوله ولبن الفحل) هو من اضافة الشيء الى سببه (يتعلق به التحريم) يعني اللبن الذي نزل من المرأة بسبب ولادتها من رجل زوج أو سيد يتعلق به التحريم بين من أرضعته وبين ذلك الرجل بأن يكون أبا للرضيع فلا تحل له ان كانت صبية لانه أبوها ولا لاخوته لانهم أعمامها ولا لآبائه لانهم أجدادها ولا لاعمامه لانهم أعمام الاب ولا لاولاده وان كانوا من غير المرضعة لانهم اخوتها لابيها ولا لابناء أولاده لان الصبية عمتهم واذا ثبتت هذه الحرمة من زوج المرضعة فمنها أولى فلا تتزوج أباها لانه جدها لامها ولا أخاها لانه خالها ولا عمها لانها ابنة بنت أخيه ولا خالها لانها ابنة بنت أخته ولا أبناءها وان كانوا من غير صاحب اللبن لانهم اخوتها لامها ولو كان لرجل زوجتان أرضعت كل منهما بنتا لا يحل لرجل ان يجمع بينهما لانهما أختان من الرضاع لاب بخلاف ما لو تزوجت برجل وهي ذات لبن لآخر قبله فأرضعت صبية فانها ربيبة الثاني وبنت للاول فيحل تزوجها بابناء الثاني ولو كان المرضع صبيا حل له تزوجه ببناته هذا ما لم تلد من الثاني فاذا ولدت من الثاني فان أرضعت رضيعا فهو ولد للثاني وان حبلت من الثاني وهي ذات لبن من الاول فما لم تلد اللبن من الاول والرضيع به ولد له عند أبي حنيفة رضي الله عنه تثبت منه الحرمة خاصة وعند محمد رحمه الله ولدلهما فتثبت الحرمة من الزوجين وقال أبو يوسف ان علم أن اللبن من الثاني بامارة كزيادة فهو ولد الثاني والا فهو ولد الاول وعنه ان كان اللبن من الاول غالبا فهو له وان كان من الثاني غالبا فهو للثاني وان استويا فلهما وبقول أبي حنيفة قال الشافعي رضي الله عنه في الجديد وقد حكي الخلاف هكذا ان زاد اللبن بالحبل فهو ابنهما عندهما وابن الاول عند أبي حنيفة رضي الله عنه وكونه ابنهما بزيادة اللبن مطلقا أنسب بقول محمد رحمه الله فيما اذا اختلط لبن امرأتين كما سيعلم فيها وبخلاف ما لو ولدت للزوج فنزل لها اللبن فأرضعت به ثم جف لبنها ثم در لها فأرضعت به صبية فان لولد زوج المرضعة من غيرها التزوج بهذه الصبية لان هذا ليس لبن الفحل ليكون هو أباها كما لو لم تلد من الزوج أصلا ونزل لها اللبن فانه لا يثبت بارضاعها التحريم بين ابن زوجها ومن أرضعته لانها ليست بنته لان نسبته اليه بسبب الولادة منه فاذا انتفت انتفت النسبة فكان كلبن البكر ولبن الزنا كالحلال فاذا أرضعت به بنتا حرمت على الزاني وآبائه وأبنائه وأبناء أبنائهم وان سفلوا وفي التجنيس من علامة أجناس الناطفي عن الشيخ أبي عبد الله الجرجاني كان يقول في الدرس لا يجوز للزاني ان يتزوج بالصبية المرضعة ولا لابيه ولا لاجداده ولا لاحد من أولاده وأولادهم ولعم الزاني ان يتزوج بها كما يجوز له ان يتزوج بالصبية التي ولدت من الزاني لانه لم يثبت نسبها من الزاني حتى يظهر فيها حكم القرابة والتحريم على آباء الزاني وأولاده لاعتبار الجزئية والبعضية ولا جزئية بينها وبين العم واذا ثبت هذا في حق المتولدة من الزنا فكذا في حق المرضعة بلبن الزنا قال في الخلاصة وكذا لو لم تحبل من الزنا وأرضعت لا بلبن الزاني تحرم على الزاني كما تحرم بنتها عليه من النسب وذكر الولوالجي ان الحرمة تثبت من جهة الام خاصة ما لم يثبت النسب فحينئذ تثبت من الاب وكذا ذكر الاسبيجابي وصاحب الينابيع وهو أوجه لان الحرمة من الزنا للبعضية وذلك في الولد نفسه لانه مخلوق من مائه دون اللبن اذ ليس اللبن كائنا عن منيه لانه فرع التغذي بخلاف الولد

وقوله (ولبن الفحل) من باب اضافة الشيء الى سببه لان سبب اللبن انما هو الفحل وكلامه واضح وقوله (عليه السلام لعائشة ليلج عليك أفلح فانه عمك من الرضاعة) دليل واضح على ذلك فان عائشة ارتضعت من امرأة أبي القعيس وكان اسم أخي أبي قعيس أفلح فلما كانت تلك المرأة اما لها كان زوجها أبا لها وأخو الزوج عما لها لا محالة وروي انها قالت يا رسول الله ان أفلح أخا أبي القعيس دخل علي وأنا في ثياب فضل فقال ليلج عليك فانه عمك من الرضاعة فقالت انما أرضعتني المرأة لا الرجل فقال عمك من الرضاعة وذلك لا يكون الا باعتبار لبن الفحل

(قوله وكان اسم أخي أبي قعيس أفلح) أقول أفلح أخو أبي قعيس على ما يشهد عليه كتب الاحاديث وغيرها

ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه فى موضع الحرمة احتياطا فان قيل ما قام مقام الشئ فى اثبات الحكم اما ان يكون مثل ذلك أو دونه لامحالة وههنا لو ارتضع الصبى من ثندوة الرجل نفسه اذا نزل منه اللبن لا يثبت حرمة الرضاع فكيف تثبت بارتضاع اللبن بسببه ولا تثبت من اللبن الحاصل من نفسه أجيب بأن افتراق الحكم لافتراق الوصف وذلك لان المعنى الذى لاجله تثبت الحرمة بسبب الرضاع لا يوجد فى ارضاع الرجل فان ما ينزل من ثندوة الرجل لا يتغذى به الصبى ولا يحصل به انبات اللحم وهو نظير وطء الميتة فى انه لا يوجب حرمة المصاهرة وان كان السبب موجودا وانما اختار واهذه العبارة وهى ملبسة فانها توهم ان المراد به ما ينزل من ثندوته ليعلم ان المراد ما ينزل من المرأة بسبب الولادة أو الحبل من زوجها حتى لو نزل لها اللبن بدونهما كما ينزل للبكر كان ذلك لبن المرأة خاصة لا لبن الفحل وان كانت تلك المرأة تحت زوجها وليس حل الوطء فى الاحبال شرط الحرمة حتى لو زنى بامرأة فولدت منه فأرضعت بهذا اللبن صبية كان لبن الفحل لا يحل للزانى ههنا ان يتزوج بهذه الصبية ولا لابيه ولا لابنه ولا لابناء أولاده لوجود البعضية بين هؤلاء وبين الزانى وقوله (ويجوز ان يتزوج الرجل) واضح وقوله (وكل صبيين اجتمعا) غلب الصبى على الصبية كما فى القمرين للشمس والقمر على ثدى واحدة أى ثدى امرأة واحدة لانهما لو اجتمعا على ضرع بهيمة واحدة لا يثبت التحريم كما سيجىء وهذا لان ثبوت هذه الحرمة بطريق الكرامة وذلك يختص بلبن الآدمية دون الانعام وقوله (ولا يتزوج المرضعة أحدا من ولد التى أرضعت) قال فى النهاية المرضعة بصيغة اسم المفعول وبالرفع على الفاعلية ونصب أحدا على المفعولية من ولد التى على طريق الاضافة وهذا هو الاصل من النسخ وفى نسخة أخرى ولا يتزوج المرضعة أحد من ولد التى أرضعت بعكس الاولى فى الفاعلية والمفعولية وهذا أيضا صحيح وكان كلاهما بخط شيخى ونسختان أخريان ليستا بصحيحتين وهما بعد صيغة اسم الفاعل فى المرضعة كونها فاعلة أو مفعولة على ما ذكرنا ولكن هذان التقديران لابد وان يكون من الولد الذى أرضعته معرفا باللام وكلامه ظاهر

ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه فى موضع الحرمة احتياطا (ويجوز أن يتزوج الرجل باخت أخيه من الرضاع) لانه يجوز أن يتزوج باخت أخيه من النسب وذلك مثل الاخ من الاب اذا كانت له أخت من أمه جاز لاخيه من أبيه أن يتزوجها (وكل صبيين اجتمعا على ثدى واحدة لم يجز لاحدهما أن يتزوج بالاخرى) هذا هو الاصل لان أمهما واحدة فهما أخ وأخت (ولا يتزوج المرضعة أحد من ولد التى أرضعت) لانه أخوها (ولا ولد ولدها) لانه ولد أخيها (ولا يتزوج الصبى المرضع أخت زوج المرضعة لانها عمته من الرضاعة

والتغذى لا يقع الا بما يدخل من أعلى المعدة لا من أسفل البدن كالحقنة فلا انبات فلا حرمة بخلاف ثابت النسب لان النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب أثبت الحرمة منه وبه يستدل على ابطال قول ضعيف الشافعى انه لا تثبت الحرمة من الزوج ونقل عن بعض الصحابة رضى الله عنهم لانه لا جزئية بين الرجل وبين من أرضعته زوجته ولانه لو نزل للرجل لبن فارتضعته صغيرة حلت له فكيف تحرم بلبن هو سبب بعيد فيه ولنا النظر المذكور وما روى عن عائشة رضى الله عنها فى الصحيحين ان أفلح أخا أبى القعيس استأذن على بعد ما نزل الحجاب وقلت والله لا آذن له حتى استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم وان أخا أبى القعيس ليس هو أرضعنى وانما أرضعتنى امرأة أبى القعيس فدخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله ان الرجل ليس هو أرضعنى ولكن أرضعتنى امرأته فقال ائذنى له فانه عمك تربت يداك وفى رواية تربت يمينك الى غير ذلك من الاحاديث الشاهدة بالحكم المذكور بحيث يتضاءل معها ذلك المعقول على انه قد قيل انه لا يتغذى الولد به واما لبن الرجل فسيذكره المصنف رحمه الله واذا ترجح عدم حرمة الرضيعة بلبن الزانى على الزانى كما ذكرنا فعدم حرمتها على من ليس اللبن منه أولى بخلاف ما فى الخلاصة ولانه يخالف المسطور فى الكتب المشهورة اذ يقتضى تحريم بنت المرضعة بلبن غير الزوج على الزوج بطريق أولى وتقدم البحث فى دلالة حديث يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب على حرمة الربيبة من الرضاع (قوله ولانه سبب لنزول اللبن منها فتضاف الحرمة اليه احتياطا) كالمصاهرة وأنت علمت الفرق بل حقيقة الحال ان البعضية تثبت بين المرضعة والرضيع فأثبتت حرمة الابنية ثم انتشرت لوازم تحريم الولد (قوله وكل صبيين) يريد صبيا وصبية فغلب المذكر فى التثنية كالقمرين وهو أحد أسباب التغليب كالخفة فى العمرين فان عمر أخف من أبى بكر ولو ثنى نحو أبى بكر فعند البصريين يكون بتثنية المضاف فيقال أبوا بكر والكوفيون يثنون الجزأين فيقولون أبوا بكرين والشهرة كالاقرعين للاقرع بن حابس وأخيه (قوله ولا يتزوج المرضعة) بفتح الضاد توورث ويجوز كونها فاعلا فينصب أحد ومفعولا فيرفع

(قوله لابد وان يكون من الولد الذى أرضعته معرفا باللام) أقول وأنت خبير بانه يصح المعنى بدون جعل الولد معرفا باللام فان امرأة اذا

(قوله (واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب) فسر محمد الغلبة قال ان لم يغير الدواء اللبن تثبت الحرمة وان غير لا تثبت وقال أبو يوسف ان غير طعم اللبن ولونه لا يكون رضاعا وان غير أحدهما يكون رضاعا وقوله (خلافا للشافعي) فان عنده اذا اختلط مقدار ما يحصل به خمس رضعات من اللبن في حب الماء فشرب به الصبي تثبت به الحرمة هو يقول انه موجود حقيقة فيكون معتبرا لان المحسوس لا ينكر ونحن نقول المغلوب والمغلوب في مقابلة الغالب غير موجود حكما كما في اليمين حلف لا يشرب لبنا فشرب لبنا مخلوطا بالماء والماء غالب على اللبن لا يحنث فان قيل فعلى هذا ان اعتبرت جهة الحكم لم يثبت به حرمة الرضاع وان اعتبرت جهة الحقيقة تثبت لان اللبن موجود حقيقة وان قل فعند التعارض ترجح الحرمة احتياطا أجيب بأن التعارض لم يثبت لان التعارض عبارة عن تقابل الحجتين على السواء وههنا لم تثبت المساواة بينهما لان للغالب فضلا ذاتيا وللمغلوب فضلا حاليا وهو جهة الحرمة وكان الترجيح لمعنى راجع الى الذات لا لمعنى راجع الى الحال وهذا كما ترى متناقض (١٢) لانه نفى التعارض وأثبت الترجيح للفضل الذاتي ولا ترجيح الا بعد التعارض والصواب ان يقال لا تعارض لان الحقيقة لا تعارض الحكم لان الحرمة بالرضاع أمر حكمي فما لم يكن في الحكم موجودا لا مدخل له فيه سلمناه ولكن تعارض ضربا ترجيح أحدهما راجع الى الذات والآخر الى الحال والاول أولى وموضعه الاصول ويؤيد ما ذكرنا ما اذا وقع قطرة من الدم أو الخمر في حب من الماء تنجسه وان غلب الماء حقيقة لانه لم يكن غالبا حكما لان غلبة الماء في الحكم هو ان يكون عشرا في عشر وما دونه في حكم القليل فلم تكن الحقيقة معارضة للحكم بل كانت موجودة معه وقوله (واذا اختلط اللبن بالطعام) واضح وقوله (لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا) يعني سواء كان غالبا أو مغلوبا أما اذا كان مغلوبا فظاهر واما اذا كان غالبا فلانه اذا طبخ بالطعام يصير اللبن تبعا للطعام وان كان غالبا حتى لا يسمى لبنا مطلقا

واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم) خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول انه موجود فيه حقيقة ونحن نقول المغلوب غير موجود حكما حتى لا يظهر في مقابلة الغالب كما في اليمين (وان اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم) وان كان اللبن غالبا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا اذا كان اللبن غالبا يتعلق به التحريم قال رضي الله عنه قولهما فيما اذا لم تمسه النار حتى لو طبخ بها لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا لهما

وما في الكتاب ظاهر ولا فرق بين كون ولد التي أرضعته رضع مع المرضعة أو كان سابقا بالسن بسنين كثيرة أو مسبوقا بارتضاعها بأن ولد بعدها بسنين وكذا لا يتزوج أخت المرضعة لانها خالته (قوله واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافا للشافعي رحمه الله) فان الاصح عنده انه اذا كان اللبن قدر خمس رضعات حرم والا فلا وكذا الخلط بلبن البهيمة والدواء عنده وبكل مائع أو جامد واعتبر مالك رضي الله عنه في جميع ذلك ان يكون اللبن مستهلكا (قوله هو) أي الشافعي رضي الله تعالى عنه (يقول انه) أي اللبن على ظاهر نقل المصنف عنه وعلى ما هو الاصح فرجع الضمير القدر المحرم (موجود فيه حقيقة) فيستلزم حكمه من التحريم (قوله ونحن نقول) حاصله القياس على اليمين على ان لا يشرب لبنا فانه لا يتعلق الحنث بشربه مغلوبا بالماء لان الظاهر حكم الغالب فكذا في هذه الصورة لا يتعلق به التحريم لذلك والظاهر ان حكم هذا القياس عدم اعتبار المغلوب شرعا لا عدم تعلق التحريم لاختلاف حكم الاصل والفرع لانه في الاصل حرمة شرب اللبن بلا ضرورة لهتك حرمة اسم الله تعالى وفي الفرع حل الشرب والسقي غير أنه يترتب عليه حرمة النكاح وحينئذ للشافعي رحمه الله ان يقول بل هنالك فارق وهو بناء الايمان على العرف والعرف لا يعتبر المغلوب فلا يقال لشارب ماء فيه لبن مغلوب شرب لبنا الا ان يقال مخلوطا فيقيدونه واما ما نحن فيه فالحرمة مبنية على الحقيقة وقد وجدت والموضع موضع الاحتياط ولا مدفع لهذا الا ان يقال انه اذا كان مغلوبا بالماء فيكون غير منبت لذهاب قوته ولا عبرة بالمظنة عند تحقق الخلو عن المئنة هذا اذا اختلط بالماء أما لو اختلط بالطعام فهي المسئلة التي ذكرها عقيب هذه وقولهما فيها كقولهم في الاختلاط بالماء وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يتعلق به تحريم وان غلب اللبن هذا اذا لم تمسه النار اما ان طبخ فلا تحريم مطلقا بالاتفاق (لهما ان العبرة

أرضعت صبية ثم جاء من المرضعة بفتح الصاد ولد لا يجوز لتلك المرأة أن تتزوج ولد مرضعتها (قوله فسر محمد رحمه الله الغلبة قال ان لم يغير الدواء اللبن تثبت الحرمة الخ) اقول فيه ان وضع المسئلة في الاختلاط بالماء لا بالدواء فلا يلائم هذا التفسير ههنا بخلاف ما فعله صاحب النهاية (قوله ولا ترجيح الا بعد التعارض) أقول لا يتجه ذلك عليه بعد ما بين مراده بالتعارض بتفسيره فانه نبه انه لا يريد به التعارض المصطلح وكأنه يقول انما ترجح الحرمة ان لو لم يكن لدليل انتفاء الحرمة رجحان على دليلها فليتأمل (قوله لان الحقيقة الخ) أقول أي الحقيقة المجردة عن الحكم الا ان الخصم ينازع فيه (قوله وموضعه الاصول) أقول في باب المعارضة والترجيح (قوله ويؤيد ما ذكرنا) أقول يعني قوله الحقيقة لا تعارض الحكم

وقوله (فصار كالمغلوب) فيه نظر لان المغلوب غير موجود حكما فاما مالم يكن مغلوبا او يكون كالمغلوب فلا نسلم انه ليس بموجود والجواب أن هذه مناقشة لفظية تندفع بجعل الكاف زائدة وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم في قول أبي حنيفة ان ذلك عنده اذا لم يتقاطر اللبن من الطعام عند حمل اللقمة فاما اذا كان يتقاطر منه فتثبت به الحرمة عنده لان القطرة من اللبن اذا دخلت حلق الصبي كانت كافية لاثبات الحرمة والاصح انه لا يثبت على كل حال عنده لان التغذي بالطعام لانه الاصل دون اللبن والمعتبر ما يقع به التغذي الموجب لانبات اللحم وان خلط بالدواء واللبن غالب فيه تعلق التحريم به لان اللبن يبقى مقصودا فيه حيث جعل غالبا والدواء يخلط به ليقويه على الوصول الى ما لا يصل اليه بانفراده فان قلت اذا كان الدواء لتقويته على الوصول وجب ان يستوى الغالب والمغلوب لان وصول قطرة منه يحرم قلت النظر ههنا الى المقصود فان كان غالبا كان القصد الى التغذي به والدواء لتقويته على الوصول واذا كان مغلوبا كان القصد الى التداوى واللبن لتسويه الدواء يلوح الى هذا قوله واذا خلط دون اختلط وقوله لان اللبن يبقى مقصودا قال (واذا اختلط اللبن بلبن شاة) * صورة المسئلة ظاهرة وكذا تعليل أبي يوسف في المسئلة الثانية لما ذكرنا ان المغلوب كالمستهلك لعدم بقاء منفعته كما اذا صب كوز من الماء العذب في البحر ووجه قول محمد وزفر ان الغلبة ههنا غير متصورة لان الجنس لا يغلب الجنس اذا لغلبه بالاستهلاك والشيء لا يصير مستهلكا في جنسه لان الاستهلاك بفوات منفعة المستهلك وذلك يقتضى اختلاف المقصود والمقصود ههنا متحد واذا لم يتصور الغلبة كانا متساويين في المقصود فيتحقق الرضاع من القليل صورة ومعنى فتثبت الحرمة بهما جميعا وعن أبي حنيفة في هذا روايتان في رواية قوله كقول أبي يوسف وبه قال الشافعي في قول وفي رواية كقول محمد وزفر

أن العبرة للغالب كما في الماء اذا لم يغيره شيء عن حاله ولابي حنيفة رحمه الله ان الطعام أصل واللبن تابع له في حق المقصود فصار كالمغلوب ولا معتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح لان التغذي بالطعام اذ هو الاصل (وان اختلط بالدواء واللبن غالب تعلق به التحريم) لان اللبن يبقى مقصودا فيه اذ الدواء لتقويته على الوصول واذا اختلط اللبن بلبن الشاة وهو الغالب تعلق به التحريم (وان غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم) اعتبارا للغالب كما في الماء (واذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم بأغلبهما عند أبي يوسف رحمه الله) لان الكل صار شيأ واحدا فيجعل الاقل تابعا للاكثر في بناء الحكم عليه (وقال محمد) وزفر (يتعلق التحريم بهما) لان الجنس لا يغلب الجنس فان الشيء لا يصير مستهلكا في جنسه لاتحاد المقصود وعن أبي حنيفة في هذا روايتان

العبرة للغالب فصار كالماء اذا لم يغيره شيء عن حاله ولابي حنيفة رحمه الله ان الطعام أصل واللبن تابع فيما هو المقصود) وهو التغذي وهذا لان خلط اللبن بالطعام لا يكون للرضيع الا بعد تعوده بالطعام وتغذيه به وعند ذلك يقل تغذيه باللبن ونشوءه منه فقد اجتمع في جوفه ما ينبت واحدهما أكثر وهو الطعام فيصير الآخر الرقيق مستهلكا فلا يثبت التحريم فان قيل فرض المسئلة ان اللبن غالب في القصعة اما عند رفع اللقمة الى فيه فأكثر الواصل الى جوفه الطعام حتى لو كان ذلك الطعام رقيقا يشرب اعتبرنا غلبة اللبن ان غلب وأثبتنا الحرمة ثم قال المصنف ولا معتبر بتقاطر اللبن هو الصحيح احترازا من قول من قال من المشايخ ان عدم اثبات أبي حنيفة رحمه الله الحرمة واللبن غالب هو اذا لم يكن متقاطرا عند رفع اللقمة اما معه فيحرم اتفاقا قالوا لان تلك القطرة اذا دخلت الجوف أنبتت التحريم والصحيح اطلاق عدم الحرمة لان التغذي حينئذ بالطعام والتغذي مناط التحريم (قوله فان اختلط) أي اللبن بالدواء حاصله انه كالماء لان اللبن اذا كان غالبا مع الدواء ظهر قصد ان الدواء لتنفيذه وعلى هذا اذا اختلط بالدهن أو النبيذ تعلق به التحريم سواء أوجر بذلك أم استعط (قوله واذا اختلط اللبن بلبن شاة فان كان الغالب لبن الآدمية تعلق التحريم بشرب الصغير اياه) أو لبن الشاة لا يتعلق به تحريم لان لبن الشاة لما لم يكن له أثر في اثبات الحرمة كان كالماء فيعتبر الغالب ولو تساويا وجب ثبوت الحرمة لانه غير مغلوب فلم يكن مستهلكا (قوله واذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم باغلبهما عند أبي يوسف رحمه الله) وبه قال الشافعي وقال محمد تثبت الحرمة منهما جميعا وهو قول زفر وعن أبي حنيفة روايتان رواية كقول أبي يوسف ورواية كقول محمد وجه قول أبي يوسف جعل الاقل تابعا للاكثر ووجه قول محمد ان الجنس لا يغلب جنسه فلا يستهلك فيه فلم يكن شيء منهما تابعا للآخر فيثبت التحريم من كل منهما استقلالا قال

(قوله فيه نظر لان المغلوب غير موجود حكما الخ) أقول يريد المصنف انه يصير كالمغلوب حقيقة في أنه غير موجود لكونه غير مقصود حكما وحاصله قياس محل الخلاف بمحل الوفاق وجعل الكاف زائدة لا يفيد لانه ان أريد أنه مغلوب حقيقة فظاهر انه ليس كذلك وان أريد أنه مغلوب حكما من حيث انه ليس بمقصود فمعنى التشبيه أيضا يؤول اليه (قوله لان وصول قطرة منه يحرم) أقول الاظهر أن يقول بدله لان اللبن

وأصل المسئلة في الأيمان فيما اذا حلف لايشرب من لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة أخرى وهو غالب فشرب به فهو على هذا الاختلاف عند أبي يوسف لايحنث لان المغلوب كالمستهلك وعند محمد يحنث لان الشيء يتكثر بجنسه ولا يصير مستهلكا وقوله (واذا نزل للبكر لبن ظاهر قوله (واذا حلب لبن المرأة بعد موتها فأوجر الصبي تعلق به التحريم خلافا للشافعي) قيد بالموت لانه لو حلب قبل الموت وأوجر بعد الموت كان قوله كقولنا على الاظهر هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انما هو المرأة لان الحرمة تثبت بينهما ثم تتعدى منها الى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محلا لها لعدم الفائدة ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة لانها الاصل في الحرمة ولم تبق محلا لها حتى تتعدى الى غيرها ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن بمعنى الانشار والانبات وهو قائم باللبن لان الموت لم يخرجه عن كونه مغذيا كما انه لم يخرج لحمه عن ذلك والفائدة لم تنحصر في ظهور الحرمة فيها بل تظهر في الميتة دفنا وتيمما بأن كان لهذه المرضعة التي أوجر لبن هذه الميتة في فمها زوج فان لهذا الزوج ان يدفن وييمم الميتة لانه صار محرما لها حيث صارت أم امرأته وقوله واما الحرمة جواب عن قوله ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة يعني ان حرمة المصاهرة بالوطء انما تثبت بملاقاته محل الحرث لتثبت به الحرمة ومحل الحرث قد زال بالموت فافترقا

هو المقصود ثم يمنع ذلك في الجواب اذا كان مغلوبا (قوله وبالموت لم تبق محلا لها لعدم الفائدة ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة لانها الاصل في الحرمة الخ) أقول ولك أن تقول لو صح هذا الدليل يلزم أن لا تثبت الحرمة عنده فيما لو حلب قبل الموت وأوجر بعده الا أن يقال تثبت بالاسناد وفيه بحث قياسه

وأصل المسئلة في الايمان (واذا نزل للبكر لبن فأرضعت صبيا تعلق به التحريم) لاطلاق النص ولانه سبب النشوء فتثبت به شبهة البعضية (واذا حلب لبن المرأة بعد موتها فأوجر الصبي تعلق به التحريم) خلافا للشافعي هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انما هو المرأة ثم تتعدى الى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محلا لها ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن لمعنى الانشار والانبات وهو قائم باللبن وهذه الحرمة تظهر في حق الميتة دفنا وتيمما أما الحرمة في الوطء لكونه ملاقيا للحل الحرث وقد زال بالموت فافترقا

(وأصل المسئلة في الايمان) اذا حلف لايشرب لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة أخرى فشرب به ولبن البقرة المحلوف عليها مغلوب في النهاية والدراية هو على الخلاف الذي بينا وقال شارح عند محمد يحنث وعندهما لايحنث ولا يخفى انه انما يكون أصلا للخلاف اذا كان على ما في النهاية وكان ميل المصنف الى قول محمد حيث أخر دليله فان الظاهر ان من تأخر كلامه في المناظرة كان القاطع للآخر وأصله ان السكوت ظاهر في الانقطاع ورجح بعض المشايخ قول محمد أيضا وهو ظاهر (قوله واذا نزل للبكر لبن تعلق به التحريم لاطلاق النص ولانه سبب النشوء) وعليه الاربعة الا في رواية عن الشافعي رحمه الله ورواية عن أحمد لانه نادر فأشبه لبن الرجل قلنا ندرة الوجود لاتمنع عمل الدليل اذا وجد وسنذكر له تتمة (قوله واذا حلب لبن امرأة بعد موتها فأوجر به صبي تعلق به التحريم) وبه قال مالك وأحمد (خلافا للشافعي هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انما هو المرأة ثم تتعدى الحرمة الى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محلا لها ولهذا) أي لعدم المحلية (لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة ولنا ان السبب الجزئية) وحاصله الغاء الفارق بين الاجماعية وهي ما اذا كانت حية والخلافية وهي ما اذا كانت ميتة وهو موتها لان حياتها ليس جزء السبب لتنتفي الحرمة بانتفائه بل حصول الجزئية تمام الحكمة لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحرم من الرضاع الا ما أنبت اللحم الخ وهو حاصل بلبن الميتة والارتضاع تمام العلة وموتها غير مانع لان مانعيته ان أضيفت الى انتفاء محليتها مطلقا للحكم منعناه لثبوت بعضها كما لو تزوج رجل بهذه الصبية في الحال حل له دفن الميتة ويممها الا انها محرمة أم زوجته وأيضا بالنسبة الى غيرها حتى لا يجوز له الجمع بين الرضيعة وبنت الميتة لانهما أختان أو بالنسبة الى حرمة نكاحها فقط منعنا تأثيره في افادة المانعية بل يفسدها انتفاء الحكم مطلقا فان بين المانعية بان الحكم وهو حرمة النكاح يثبت أولا فيها ثم يتعدى قلنا ان أردت انه لا يتعدى الى غيرها الا بعد ثبوته فيها منعناه بل ذلك عند اتفاق محليتها حينئذ مع ان الحرمة انما تثبت في الكل معا شرعا والتقدم في الام ذاتي لا زماني فاذا تحقق المانع في حقها ثبت فيمن سواها ولو علل ابتداء بنجاسة اللبن أو الحرمة كرامة اذ فيه تكثير الاعوان على المقاصد والسكن وبالموت تنجس فان أراد عينا منعناه بل لبن الميتة الطاهرة طاهر عند أبي حنيفة وقد أسلفنا توجيهه بأن التنجس بالموت لما حلته الحياة قبله وهو منتف في اللبن وقد كان طاهرا فيبقى كذلك لعدم المنجس اذ لم يطرأ عليه سوى الخروج من باطن الى ظاهر والمتيقن من الشرع فيه انه لا يوجب تغيير وصفه بخلاف البول وأبو يوسف ومحمد انما قالا بتنجسه بالمجاورة للوعاء النجس وهو غير مانع من الحرمة كما لو حلب في اناء نجس وأوجر به الصبي تثبت الحرمة وان أراد التنجس منعناه لما ذكرناه والوجور الدواء يصب في الحلق قسرا بفتح الواو والسعوط صبه في الانف ويقال أوجرته ووجرته (قوله اما الحرمة في الوطء) جواب عن

(قوله وإذا احتقن باللبن) قال في النهاية صوابه حقن لا احتقن فقال حقن المريض دواءه بالحقنة واحتقن الصبي غير صحيح لعدم قدرته على ذلك في مدة الرضاع واحتقن مبنيا للمفعول غير جائز فتعين حقن ولكن ذكر في تاج المصادر الاحتقان حقنه كردن فجعله متعديا فعلى هذا يجوز استعماله مبنيا للمفعول وهو الاكثر في استعمال الفقهاء وكلامه ظاهر (قوله وهذا لان اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة) بيانه ان الله تعالى خلق اللبن في الاصل لغذاء الولد لعدم احتماله لسائر

(وإذا احتقن الصبي باللبن لم يتعلق به التحريم) وعن محمد انه تثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم ووجه الفرق على الظاهر ان المفسد في الصوم اصلاح البدن ويوجد ذلك في الدواء فأما المحرم في الرضاع فمعنى النشوء ولا يوجد ذلك في الاحتقان لان المغذي وصوله من الاعلى (وإذا نزل للرجل لبن فأرضع به صبيا لم يتعلق به التحريم) لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشوء والنمو وهذا لان اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة

قياسه على عدم حرمة المصاهرة بوطئها بالفرق وهو ان سبب الحرمة في الرضاع الانبات والنشوء بواسطة التغذي وفي حرمة المصاهرة الجزئية الحاصلة بواسطة الولد ولا يتصور الولد بعد الموت فلم تتصور الجزئية بخلاف الجزئية المعتبرة في الرضاع لانها واقعة في ارتضاع لبن الميتة (قوله وإذا احتقن) قال في المغرب الصواب حقن اذا عولج بالحقنة واحتقن بالضم غير جائز عندهم قال في النهاية لكن ذكر في تاج المصادر الاحتقان حقنه كردن فجعله متعديا فعلى هذا يجوز استعماله على بناء المفعول انتهى يريد ان منع البناء للمفعول على ما في المغرب لعدم التعدي وإذ قد نص صاحب تاج المصادر على ما يفيد انه متعد لم يكن بناؤه للمفعول خطأ وهذا غلط لان ما في تاج المصادر من التفسير لا يفيد تعديه الافتعال منه للمفعول الصريح كالصبي في عبارة الهداية حيث قال وإذا احتقن الصبي بل الى الحقنة وهي آلة الاحتقان والكلام في بنائه للمفعول الذي هو الصبي ومعلوم ان كل قاصر يجوز بناؤه للمفعول بالنسبة الى المجرور والظرف كجلس في الدار ومر بزيد وليس يلزم من جواز البناء باعتبار الآلة والظرف جوازه بالنسبة الى المفعول بل اذا كان متعديا اليه بنفسه ثم الاحتقان باللبن لا يوجب الحرمة من غير ذكر خلاف بين أصحابنا في كثير من الاصول وهو قول الائمة الاربعة وكذا لا يثبت بالاقطار في الاحليل والاذن والجائفة والآمة كذا أطلقه بعضهم ونص آخرون على انه اذا وصل الى الجوف ثبتت الحرمة وبعضهم ذكر انه روي عن محمد ثبوت الحرمة بالحقنة وجه الظاهر ان المناط طريق الجزئية وليس ذلك في الواصل من السافل بل الى المعدة وذلك من الاعلى فقط والاقطار في الاحليل غايته ما يصل الى المثانة فلا يتعدى به الصبي وكذا في الاذن اضيق الثقب وفيه نظر لتصريحهم بالفطر باقطار الدهن في الاذن لسريانه فيصل الى باطنه ولا يمنعه ضيق والاوجه كونه ليس مما يتغذى به ويثبت وان حصل به رفق من ترطيب ونحوه والمفسد في الصوم لا يتوقف عليه كما في الحصى والحديد والوجور والسعوط تثبت به الحرمة اتفاقا (قوله وإذا نزل للرجل لبن فأرضع به صبية لم يتعلق به تحريم لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشوء والنمو وهذا لان اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة) وقد يذكر في بعض الحكايات انه اتفق لرجل ارضاع صغير فان صح فهو من خوارق العادات لا يبنى الفقه باعتباره وعلى هذا يلزم أنه لو نزل لبكر لم تبلغ سن البلوغ لبن لا يتعلق به التحريم ويحكم بأنه ليس لبنا كما لو نزل لبكر ماء أصفر لا يثبت من ارضاعه تحريم والوجه الفرق بعدم التصور مطلقا فاذا تحقق لبنا ثبتت الحرمة بخلاف الرجل لان الحكم

لمفهوم مقام الطعام والشراب فلهذا اختص اللبن على التحقيق عن يتصور منه الولادة كذا في النهاية وهذا لا يفيد الاختصاص عمن يتصور منه الولادة اذا تأملت لكن اختصاصه بالانثى الولود من الحيوان وهو الذي يكون اذونا الا سوتا في غير الآدمي مما هو ثابت بالاستقراء لم يختلف وهو دليل على ان ما في الآدمي في الذكر ليس بلبن في التحقيق كدم السمك

(قوله قال في النهاية صوابه الى قوله في استعمال الفقهاء) أقول الى هنا كلام النهاية (قوله فلهذا اختص اللبن على التحقيق عن يتصور منه الولادة) أقول لانه هو المسري لا الذكور (قوله لكن اختصاصه بالانثى الولود من الحيوان وهو الذي يكون أذونا الا سوتا في غير الآدمي مما هو ثابت بالاستقراء لم يختلف) أقول قوله مما هو ثابت خبر لكن وقوله هو راجع الى الولود قال ابن خلكان في ترجمة يزيد بن المفرغ العرب تقول كل سكاء تبيض وكل شرفاء تلد السكاء التي لا اذن لها والشرفاء التي لها أذن طويلة والضابط عندهم فيه ان كل حيوان له أذن ظاهرة فانه يلد وكل حيوان ليست له أذن ظاهرة فانه يبيض (قوله وهو دليل على ان ما في الآدمي في الذكر ليس بلبن) أقول في دلالته ما ذكره علمه بحث الا أن يراد الدلالة الظنية الضعيفة ومثلها موجود فيما نقله من النهاية أيضا ثم اعلم ان قوله هو راجع الى الاستقراء

(وإذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم) لأنه لا جزئية بين الآدمي والبهائم والحرمة باعتبارها (وإذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج) لأنه يصير جامعا بين الأم والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا (ثم إن لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها) لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها

لازم دائما بأنه ليس بلبن (قوله وإذا شرب صبيان من لبن شاة فلا رضاع محرم بينهما لأنه لا جزئية بين الآدمي والبهائم والحرمة باعتبارها) اعلم أن ثبوت الحرمة بالرضاع بطريق الكرامة للجزئية فإن الوطء ابتذال وامتهان وإرقاق ولهذا روي عنه صلى الله عليه وسلم قال النكاح رق فلينظر أحدكم أين يضع كريمته ولا يحسن صدوره من مستفيد جزء نفسه وحياته لمفيدها إذا كان الرضيع صبيا بالنسبة إلى المرضعة تكرمة لها وجعلت في الشرع أماله بسبب أن جزأها صار جزأه كما أن الأم من النسب كذلك إذ جزؤه جزؤها وجزؤها الآخر جزء الأب والبهائم ليست بهذه المرتبة في اعتبار خالقها جل ذكره فإنما خلقها لابتذال الآدمي لها على أنحاء الابتذال المأذون فيه من مالكها سبحانه قال تعالى والأنعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع وفي آية أخرى فمنها ركوبهم ومنها يأكلون وهو سبحانه مالك الأشياء والحاكم على الإطلاق والعليم بالقوابل التي بها يحصل التفضيل الدنيوي فلم يثبت سبحانه بواسطة الاغتذاء بلبنها أبل ولحمها وحصول الجزء منه مزية لها على الآدمي توجب مثل ما توجب لمساويه في نوعه من الإكرام والاحترام فلم تعتبر الشاة أم الصبي وإلا لكان الكبش أباه والأخت فرع الأمية وكذا سائر الحرم بعدها إنما تثبت بتبعية الأمية حتى الأبوة فإنه لا جزء في الرضيع منه بخلاف الأب من النسب لأن جزأه انفصل في ولده الذي نزل اللبن بسببه ولم يستقر في المرأة شيء منه بحيث يكون في لبنها جزء منه فكيف واللبن إنما يتولد من الغذاء والكائن من ماء الرجل إنما يصل من أسفل والتغذي لبقاء الحياة والجزء لا يكون إلا مما يصل من الأعلى إلى المعدة ولكن لما أثبت الشرع أمية زوجته عن إرضاع لبن هو سبب فيه أثبت أبوة الرجل الأبوة وحين لا أم ولا أب فلا أخوة ولا تحريم ونقل أن الإمام محمد بن إسمعيل البخاري صاحب الصحيح أفتى في بخارى بثبوت الحرمة بين صبيين ارتضعا شاة فاجتمع علماؤها عليه وكان سبب خروجه منها والله سبحانه أعلم ومن لم يدق نظره في مناطات الأحكام وحكمها كثر خطؤه وكان ذلك في زمن الشيخ أبي حفص الكبير ومولده مولد الشافعي فإنهما معا ولدا في العام الذي توفي فيه أبو حنيفة وهو عام خمسين ومائة (قوله وإذا تزوج الرجل صغيرة رضيعة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لأنه صار جامعا بين الأم والبنت من الرضاعة وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا) ثم حرمة الكبيرة حرمة مؤبدة لأنها أم امرأته والعقد على البنت يحرم الأم وأما الصغيرة فإن كان اللبن الذي أرضعتها به الكبيرة نزل لها من ولد ولدته للرجل كانت حرمتها أيضا مؤبدة كالكبيرة لأنه صار أبا لها وإن كان نزل لها من رجل قبله ثم تزوجت هذا الرجل وهي ذات لبن من الأول جاز له أن يتزوجها ثانيا لانتفاء أبوته لها إلا إن كان دخل بالكبيرة فيتأبد أيضا لأن الدخول بالأم يحرم البنت وأما حكم المهر فلا يجب للكبيرة إن لم يكن دخل بها لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول وهو الإرضاع وهو مسقط لنصف المهر كردتها وتقبيلها ابن الزوج وتعليل السقوط بإضافة الفرقة إليها يعرف منه أن الكبيرة لو كانت مكرهة أو نائمة فارتضعتها الصغيرة أو أخذ شخص لبنها فأوجر به الصغيرة أو كانت الكبيرة مجنونة كان لها نصف المهر لانتفاء إضافة الفرقة إليها وإن كان دخل بها فلها كمال المهر لكن لا نفقة عدة لها لجنايتها إن لم تكن مجنونة ونحوها وأما الصغيرة فلا يتصور الدخول بالرضيعة فعليه لها نصف مهرها لأن الفرقة وقعت لا من جهتها والارتضاع وإن كان فعلها وبه وقع الفساد لكن فعلها لا يؤثر في إسقاط حقها لعدم خطابها بالأحكام وصار كما لو قتلت مورثها فإنها ترثه ولا يكون

(وإذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم لأنه لا جزئية بين الآدمي والبهائم والحرمة باعتبارها) وذكر في المبسوط في هذا حكاية وهي أن محمد بن إسمعيل البخاري صاحب الأخبار كان يقول تثبت به حرمة الرضاع فإنه دخل بخارى في زمان الشيخ أبي حفص الكبير وجعل يفتي فقال له الشيخ لا تفعل فإنك لست هنالك فأبى أن يقبل نصحه حتى استفتي عن هذه المسئلة فأفتى بثبوت الحرمة فاجتمعوا وأخرجوه من بخارا قال (وإذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لأنه يصير جامعا بين الأم والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا) فأما الكبيرة فإن حرمتها مؤبدة وكذلك الصغيرة إن كان دخل بالكبيرة وإن لم يدخل بها جاز التزوج بالصغيرة لأنها ربيبة لم يدخل بأمها (ثم إنه إن لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها) إن تعمدت الفساد أو لم تتعمد (لأن الفرقة جاءت من قبلها) قبل الدخول بها

وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة لم تجئ من قبلها) فان قيل العلة للفرقة الارتضاع وهى فعلها فلم لم تضف الفرقة اليها أجاب بقوله (والارتضاع وان كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر شرعا فى اسقاط حقها) الا ترى انها لو قتلت مورثها لم تحرم عن الميراث واعترض عليه بصغيرة مسلمة تحت مسلم ارتد أبواها ولحقا بها بدار الحرب بانت من زوجها ولا يقضى لها بشئ من المهر ولم يوجد الفعل منها والجواب انا قد قلنا كلما وقعت الفرقة بفعل من جهتها أسقطت حقها ولم يلزم ان كلما لم تقع الفرقة بفعل من جهتها لم يسقط حقها لانه اذا لحقها أمر أخرجها عن محلية النكاح كالردة الحاصلة بتبعية الابوين أسقط حقها (ويرجع به) أى بما أدى من نصف مهر الصغيرة (على الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد) بأن قصدت بالارضاع افساد النكاح (وان لم تتعمد) بان قصدت دفع الهلاك عنها جوعا (فلا شئ عليها وان علمت ان الصغيرة امرأة زوجها وعن محمد انه يرجع عليها فى الوجهين) جميعا يعنى فى تعمد الفساد وعدمه لان من أصله ان المسبب كالمباشر ولهذا جعل فتح باب القفص والاسطبل وحل قيد الآبق موجبا للضمان على ما عرف فى الاصول وفى المباشرة المتعدى وغير المتعدى سواء فكذلك فى التسبب (والصحيح ظاهر الرواية لانها وان أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر) بتقبيل ابن الزوج اذا بلغت حد التشهى (وذلك يجرى مجرى الاتلاف) فى ايجاب الضمان (لكنها مسببة فى ذلك) بالتأكيد لا مباشرة (اما لان الارضاع ليس بافساد النكاح وضعا) لان وضعه لتربية الصغير لا لافساد النكاح وانما يثبت الافساد باتفاق الحال التأديته الى الجمع بين الام والبنت فى ملك رجل نكاحا أولان افساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر لانه غير مضمون بالاتفاق لكونه غير متقوم فى نفسه لانه ليس بملك عين ولا منفعة على التحقيق ولهذا لا يقدر على بيعه وهبته واجارته وانما هو ملك ضرورى يظهر فى حق الاستيفاء بل هو سبب لسقوطه لان ما يفوت به المبدل يفوت به البدل أيضا وتقرير كلامه الكبيرة بارضاعها مسببة فى تأكيد ما كان على شرف السقوط لا مباشرة لان الارضاع ليس بافساد النكاح وضعا كما تقرر سلمنا أن الارضاع إفساد النكاح لكن إفساده

(وللصغيرة نصف المهر) لان الفرقة وقعت لا من جهتها والارتضاع وان كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر فى اسقاط حقها كما اذا قتلت مورثها (ويرجع به الزوج على الكبيرة ان كانت تعمدت به الفساد وان لم تتعمد فلا شئ عليها وان علمت بأن الصغيرة امرأته) وعن محمد رحمه الله انه يرجع فى الوجهين والصحيح ظاهر الرواية لانها وان أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر وذلك يجرى مجرى الاتلاف لكنها مسببة فيه إما لان الارضاع ليس بافساد للنكاح وضعا وانما ثبت ذلك باتفاق الحال

قتلها موجبا لحرمانها شرعا ولانها مجبورة بحكم الطبع على الارتضاع والكبيرة فى التقامها الثدى مختارة فصار كمن ألقى حية على انسان فلسعته ضمن لان اللسع لها طبع فأضيف اليه وأورد عليه ما لو ارتد أبوا صغيرة منكوحة ولحقا بها دار الحرب بانت من زوجها ولا شئ لها من المهر ولم يوجد الفعل منها أصلا فضلا عن كونه وجد ولم يعتبر أجيب بأن الردة محظورة فى حق الصغيرة أيضا على ما مر واضافة الحرمة الى ردتها التابعة لردة أبويها بخلاف الارتضاع لا حاظر له. فتستحق النظر فلا يسقط المهر وهل يرجع به على الكبيرة ان تعمدت الفساد رجع به عليها والا لا يرجع وتعمده بأن تعلم قيام النكاح وان الرضاع منها مفسد وتتعمده لا لدفع الجوع أو الهلاك عند خوف ذلك فلو لم تعلم النكاح أو علمته ولم تعلمه مفسدا أو علمته مفسدا ولكن خافت الهلاك أو قصدت دفع الجوع لا يرجع والقول قول الكبيرة فى ذلك مع يمينها لانه لا يعرف الا من جهتها وعن محمد انه يرجع فى الوجهين ما اذا قصدت الفساد وما اذا لم تقصده والصحيح ظاهر الرواية عنه وهو قولهما لانها أى الكبيرة وان أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر بأن تكبر الصغيرة فتفعل ما يسقطه وذلك أى تأكيد ما هو على شرف السقوط يجرى مجرى الاتلاف كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون

(قوله واعترض عليه الى قوله ولا يقضى لها بشئ من المهر الخ) أقول لو صح ما ذكرتم يلزم أن يقضى لها بالمهر هنا بطريق الاولى (قوله والجواب انا قد قلنا كلما وقعت الفرقة بفعل من جهتها أسقطت حقها الخ) أقول فيه بحث والاصوب لا يسقط حقها ويجوز أن يقال الضمير فى قوله من جهتها وحقها راجع الى المرأة الكبيرة دون الصغيرة اذ لا فعل منها شرعا لعدم اعتباره فليتأمل (قوله وان أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر بتقبيل ابن الزوج) أقول قوله هو راجع الى ما وقوله بتقبيل متعلق بقوله شرف (قوله اذا بلغت حد التشهى) أقول يعنى الصغيرة المرضعة قال المصنف (لكنها مسببة فيه إما لان الارضاع ليس بافساد النكاح الخ) أقول كيف يكون ذلك وجها لظاهر الرواية عن محمد وأصله ان المسبب كالمباشر فتأمل قال الاتقانى ما كان يحتاج المصنف الى كلمة الاستدراك بين اسم ان وخبرها لانه لا يصح أن يقال ان زيدا لكنه منطلق وهذا لان قوله مسببة وقع خبران فى قوله لانها وان أكدت الخ اه وأنت خبير بان مسببة خبر لكن وخبر ان محذوف أى ليست بمباشرة (قوله أولان افساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر لانه غير مضمون بالاتلاف لكونه الى قوله وانما هو ملك ضرورى يظهر فى حق الاستيفاء بل هو سبب لسقوطه) أقول

ليس بسبب لالزام المهر لما تقرر أيضا فان قيل اذا لم يكن سببا لالزامه كيف وجب على الزوج نصف المهر أجاب بقوله الا أن نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف فى باب المهر والمتعة تجب بالنص ابتداء بقوله تعالى ومتعوهن لان المعقود عليه عاد اليها سالما لكن من شرط وجوبه أى وجوب نصف المهر بطريق المتعة ابطال النكاح فكانت صاحبة شرط فهى مسببة واذا كانت مسببة يشترط فيه التعدى كما فى حفر البئر وانما تكون متعدية اذا علمت بالنكاح وعلمت ان الارضاع مفسد وقصدت به الفساد وأما اذا لم تعلم بالنكاح أو علمت به ولم تعلم ان الارضاع مفسد او علمت به لكن قصدت دفع الهلاك عن الصغيرة جوعا لا تكون متعدية لكونها مأمورة بذلك أى بالارضاع لدفع الهلاك فان قيل الجهل بحكم الشرع فى دار الاسلام ليس بعذر فكيف جعل جهل المرأة بفساد النكاح عذرا فى حق عدم وجوب الضمان عليها أجاب بقوله وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم وتقريره ان الحكم الشرعى وهو وجوب الضمان يعتمد التعدى والتعدى انما يحصل بقصد الفساد والقصد الى الفساد انما يتحقق عند العلم بالفساد فاذا انتفى العلم بالفساد انتفى قصد الفساد وكان اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم فان قلت دفع قصد الفساد يستلزم دفع الحكم فكان اعتبار الجهل لدفع الحكم قلت لزم ذلك ضمنا فلا معتبر به

أو لان إفساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر بل هو سبب لسقوطه الا أن نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف لكن من شرطه ابطال النكاح واذا كانت مسببة يشترط فيه التعدى كحفر البئر ثم انما تكون متعدية اذا علمت بالنكاح وقصدت بالارضاع الفساد أما اذا لم تعلم بالنكاح أو علمت بالنكاح ولكنها قصدت دفع الجوع والهلاك عن الصغيرة دون الفساد لا تكون متعدية لانها مأمورة بذلك ولو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا تكون متعدية أيضا وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم

نصف المهر لذلك لكنها مسببة فيه لا مباشرة لان القيام الثدى شرط للفساد لا علة له بل العلة فعل الصغيرة الارتضاع فكانت الكبيرة مباشرة للشرط العقلى وهذا ظاهر غير ان المصنف بين كونها مسببة بأن فعل الارضاع ليس موضوعا لافساد النكاح بل لتغذية الصغير وتربيته وانما يثبت الفساد باتفاق صير ورتهما اما وبنتا تحت رجل و إمّا لان افساد النكاح الكائن بصنعها ليس بسبب لالزام المهر شرعا بل لاسقاطه ثم يجب نصف المهر بطريق المتعة على ما عرف من ان وجوبه لا بقياس بل بالنص ابتداء جبرا للايحاش وهو معنى الوجوب بطريق المتعة لكن من شرطه بطلان النكاح وقد وجد فيما نحن فيه ولا يخفى أن هذا الترديد بعينه يجرى فى مباشرة العلة بأن يقال الارتضاع ليس بافساد النكاح وضعا والافساد ليس بسبب لالزام المهر شرعا بل لاسقاطه الخ وليس هو مسببا فالمعول عليه فى كونه سببا ما بيناه واذا كانت مسببة يشترط فيه أى فى لزوم الضمان التعدى كحفر البئر تسبيبا للهلاك فان كان فى ملكه لا يضمن ما تلف فيه أو فى غيره ضمنه للتعدى فيه وانما تكون متعدية بمجموع العلمين والقصد على ما تقدم واعلم ان توجيه ظاهر الرواية بهذا لا ينتهض على محمد اذا كان من أصله ان المسبب كالمباشر ولهذا جعل فتح باب القفص والاصطبل وحل قيد الآبق موجبا للضمان لان حاصل هذا انه مسبب فيشترط التعدى وهو لا يلتزم اشتراط التعدى فيه وانما ينهض الاستدلال على أن المسبب لا يلحق بالمباشر هذا واستشكل التغريم بقصد الفساد بما اذا قتل رجل زوجة آخر قبل الدخول فانه يقضى على الزوج بالمهر ولا يرجع به على القاتل والجواب ان قتله مستعقب لوجوب القصاص او الدية فلا يجب شئ آخر بقتل واحد وللزوج نصيب مما هو الواجب فلا يضاعف عليه وبما اذا أرضعت أجنبيتان لهما لبن من رجل واحد صغيرتين تحت رجل حرمتا على زوجهما ولم يغرما شيأ وان تعمدتا الفساد وأجيب بالفرق بأن فعل الكبيرة هنا مستقل بالافساد فيضاف الافساد اليها وفعل كل من الكبيرتين هنالك غير مستقل به فلا يضاف الى واحدة منهما لان الفساد باعتبار الجمع بين الاختين منهما بخلاف الحرمة هنا لانه للجمع بين الام والبنت وهو يقوم بالكبيرة وقد حرفت هذه المسئلة فوقع فيها الخطأ وذلك بأن قيل فأرضعتهما امرأتان لهما منه لبن مكان قولنا لهما لبن من رجل لان فى هذه الصورة الصواب الضمان على كل من هاتين المرأتين لان كلا منهما أفسدت لصيرورة كل بنتا للزوج (قوله وهذا منا اعتبار الجهل الخ) جواب سؤال هو ان الجهل بالاحكام فى دار الاسلام عندكم ليس

الضمير فى لانه راجع الى النكاح أيضا وقوله هو فى قوله هو ملك راجع الى النكاح أيضا وقوله بل هو ناظر الى قوله ليس بسبب وضمير سقوطه راجع الى المهر قال المصنف (الا ان نصف المهر يجب بطريق المتعة) أقول قال الاتقانى ولقائل أن يقول لا نسلم ان طريقه طريق المتعة لان المتعة انما تجب فى الطلاق قبل الدخول اذا لم توجد التسمية وهنا التسمية موجودة ولهذا يجب نصف المهر ولانه لو وجب بطريق المتعة لا بسبيل الزام المهر لوجب ثلاثة أثواب لا نصف المهر انتهى ونحن نقول مراد المصنف ان وجوب نصف المهر مثل وجوب المتعة فى كونه على خلاف القياس بالنص لا انه متعة كما فهمه المعترض (قوله والمتعة تجب بالنص ابتداء) أقول يعنى لا بالعقد عذرا

(ولا تقبل فى الرضاع شهادة النساء منفردات وانما تثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) وقال مالك رحمه الله تثبت بشهادة امرأة واحدة اذا كانت موصوفة بالعدالة لان الحرمة حق من حقوق الشرع فتثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فأخبره واحد انه ذبيحة المجوسى ولنا ان ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك فى باب النكاح وابطال الملك لا يثبت الا بشهادة رجلين أو رجل

عذرا فقال هذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد الذى هو المحظور الدينى لا لدفع الحكم الذى هو وجوب الضمان غير انه اذا اندفع قصد الفساد انتفى الضمان لانه لا يثبت الا بثبوت التعدى كما قلنا والتعدى به يكون ولا يتصور قصده مع الجهل عاد كرنا فعدم الحكم لعدم العلة لا للجهل مع وجود العلة وبهذا يندفع قول من قال تضمن اذا علمت بالنكاح ولم تعلم ان الارضاع مفسد لانها لا تعذر بجهل الحكم ومن فروع هذه المسئلة لو كان تحته صغيرتان فارضعتهما أجنبية معا أو على التعاقب حرمتا فلو كن ثلاثا فارضعتهن بأن ألقمت ثنتين ثدييها وأوجرت الاخرى ما حلبته حرمن أو على التعاقب بانت الاوليان والثالثة امرأته لانهن حين ارتضعتا حرمتا فحين ارتضعت الثالثة لم يكن فى عصمته سواها ولو كن أربعا فارضعتهن معا أو واحدة ثم الثلاث معا حرمن وكذا لو ارضعتهن على التعاقب لانها حين أرضعت الاخريين لم يكن فى نكاحه غيرهما ولو كان تحته صغيرتان وكبيرة فارضعتهما الكبيرة على التعاقب بقى نكاح الثانية لانها حين ارضعتها ليس فى نكاحه غيرها والسابق عقد مجرد على الام فلا يوجب حرمة البنت ولو كن كبيرتين وصغيرتين فارضعت كل من الكبيرتين صغيرة حرمت عليه الاربع للزوم الجمع بين الامين وبنتيهما ولو أرضعت احدى الكبيرتين الصغيرتين ثم أرضعتهما الكبيرة الاخرى وذلك قبل الدخول بالكبيرتين فالكبرى الاولى مع الصغرى الاولى بانتا منه لما قلنا والصغرى الثانية لم تبن بارضاع الكبرى الاولى والكبرى الثانية ان ابتدأت بارضاع الصغرى الثانية بانتا منه أو بالصغرى الاولى فالصغرى الثانية امرأته لانها حين أرضعت الاولى صارت أما لها وفسد نكاحها لصحة العقد على الصغرى الاولى فيما تقدم والعقد على البنت يحرم الام ثم أرضعت الثانية وليس فى نكاحه غيرها (قوله ولا يقبل فى الرضاع شهادة النساء منفردات) أى عن الرجال وانما يثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين وقال مالك يثبت بشهادة امرأة واحدة ان كانت موصوفة بالعدالة ونقل عن أحمد واسحق والشافعى بأربع نسوة والذى فى كتبهم انما يثبت بشهادة امرأتين وكذا عند مالك بناء على انه مما لا يطلع عليه الرجال لانه لا يحل النظر الى ثدى الاجنبية والوجه المذكور فى الكتاب للاكتفاء بالواحدة وهو ان الحرمة من حقوق الشرع فهى أمر دينى يثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة مجوسى فانه تثبت الحرمة عليه باخباره ثم يثبت زوال الملك فى ضمنه وكم من شئ يثبت ضمنا بطريق لا يثبت بمثلها قصدا ولحديث عقبة بن الحرث فى الصحيحين انه تزوج أم يحيى بنت أبى اهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما قال فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم قال فاعرض عنى فتنحيت فذكرت ذلك له قال وكيف وقد زعمت ان قد أرضعتكما وعقبة هذا يكنى أبا سروعة بكسر السين المهملة وسكون الراء وفتح الواو والعين المهملة وبهذا الحديث استدل من قال تقبل الواحدة المرضعة واعتبار ظاهره مطلقا يوجب جواز قبول الامة وروى مطولا فى الترمذى وفيه فجاءت امرأة سوداء وفيه قول عقبة فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فقلت تزوجت فلانة بنت فلان فجاءت امرأة سوداء فقالت أرضعتكما وهى كاذبة فاعرض عنى قال فأتيته من قبل وجهه فقلت انها كاذبة قال وكيف بها وقد زعمت انها قد أرضعتكما دعها عنك ولنا ان ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك فى باب النكاح لانها مؤبدة بخلاف الحرمة بالحيض ونحوه والاملاك لا تزال الا بشهادة رجلين أو رجل

وقوله (ولا تقبل فى الرضاع شهادة النساء منفردات) أى عن الرجال أجنبيات كن أو أمهات أحد الزوجين واحدة كانت أو أكثر وقال الشافعى تقبل شهادة أربع منهن وقال مالك تقبل شهادة واحدة اذا اتصفت بالعدالة وجه قول الشافعى ان الرضاع يكون بالثدى ولا يطلع على ذلك رجل لحرمة النظر اليه وعنده ان شهادة أربع منهن شرط فيما لا يطلع عليه الرجال لتقوم كل امرأتين مقام رجل وقلنا هو مما يطلع عليه الرجال من ذوى المحارم يحل لهم النظر الى ثديها ووجه قول مالك ان الحرمة حق من حقوق الشرع فيثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فأخبره واحد انه ذبيحة المجوسى فانه ينبغى للمسلم أن لا يأكل منه ولا يطعم غيره لان المخبر أخبره بحرمة العين وبطلان الملك فتثبت الحرمة مع بقاء الملك ثم لما ثبتت الحرمة مع بقاء الملك لا يمكنه الرد على بائعه ولا أن يحبس الثمن عن البائع ولنا ما ذكره فى الكتاب وهو واضح لا يحتاج الى بيان والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

(قوله ثم لما ثبتت الحرمة مع بقاء الملك الخ) أقول فيه تأمل

وامرأتين بخلاف اللحم لان حرمة التناول تنفك عن زوال الملك فاعتبر أمرا دينيا والله أعلم بالصواب

﴿ كتاب الطلاق ﴾

وامرأتين بخلاف حرمة اللحم حيث ينفك عن زوال الملك كالخمر مملوكيته محرمة وجلد الميتة قبل الدباغ يحرم الانتفاع به وهو مملوك واذا كانت الحرمة لا تستلزم زوال الملك فالشهادة قائمة على مجرد الحرمة حقا لله تعالى فيقبل فيها خبر الواحد وأما الحديث فكان للتورع ألا يرى انه أعرض عنه في المرة الاولى وقيل في الثانية أيضا وانما قال له ذلك في الثالثة ولو كان حكم ذلك الاخبار وجوب التفريق لاجابه به من أول الامر اذ الاعراض قد يترتب عليه ترك السائل المسئلة بعد ذلك ففيه تقرير على المحرم فعلم انه قال له ذلك لظهور اطمئنان نفسه بخبرها الا من باب الحكم وكونها كاذبة حقا على ما قيل لا ينفي اطمئنان النفس بخبرها بل قد يكون معه لان بعض البلاهة يقارنها بحسب الغالب عدم الخبث الذي عنه تعمد الكذب والكلام في هذا القدر لا في الجزم وقد قلنا انه اذا وقع في القلب صدقها يستحب التنزه ولو بعد النكاح وكذا اذا شهد به رجل واحد وقولهم لا يطلع عليه أحد من الرجال قلنا لا نسلم فان المحارم من الرجال يطلعون عليه وأيضا الرضاعة لا تتوقف على القام الثدي لجواز حصولها بالوجور والسعوط وروى عن عمر رضي الله عنه مثل قولنا وفي المحيط لو شهدت امرأة واحدة قبل العقد قيل يعتبر في رواية ولا يعتبر في رواية (فروع) قال لامرأته هذه أمي من الرضاعة أو أختي أو بنتي من الرضاع ثم رجع عن ذلك بأن قال أخطأت أو نسيت ان كان بعد ان ثبت على الاول بان قال بعده هو حق أو كما قلت فرق بينهما ولا ينفعه جحوده بعد ذلك وان قال قبل أن يصدر منه الثبات عليه لم يفرق بينهما خلافا للشافعي والنكاح باق لان مثله انما يوجب الفرقة بشرط الثبات وتفسير الثبات ما ذكرنا ومثل هذا في الاقرار بالنسب وذلك لان ثبوت النسب والرضاع مما يخفى عن الانسان فالتناقض فيه مطلقا لا يمنع بخلاف ما اذا ثبت بعد التروي فيعذر قبله ولا يعذر بعده وهذا في النسب فيمن ليس لها نسب معروف ولو أقرت المرأة بذلك وأنكره هو ثم قالت اخطأت فالنكاح باق بالاجماع وعند الشافعي يحلف الزوج على العلم في قول وعلى البتات في قول ولو تزوجها قبل أن تكذب نفسها جاز ولا تصدق المرأة على قولها بخلاف ما لو أقر الرجل قبل التزوج وثبت على ذلك لا يحل له تزوجها قال في الفتاوى الصغرى هذا دليل على ان المرأة اذا أقرت بالطلقات الثلاث من رجل حل لها أن تزوج نفسها منه انتهى وكان وجهه ان الطلاق مما يستقل به الزوج في غيبتها وحضورها فيتحقق فيه الخفاء فصح رجوعها عن الاقرار به قبل التروي والله أعلم

﴿ كتاب الطلاق ﴾

لما فرغ من النكاح وبيان أحكامه اللازمة عند وجوده والمتأخرة عنه وهي أحكام الرضاع شرع يذكر ما به يرتفع لانه فرع تقدم وجوده واستعقاب أحكامه وأيضا بينه وبين الرضاع مناسبة من جهة ان كلا منهما يوجب الحرمة الا أن ما بالرضاع حرمة مؤبدة وما بالطلاق مغياة بغاية معلومة فقدم بيان الحكم الاشد اهتماما بشأنه ثم ثنى بالاخف وأيضا الترتيب الوجودي يناسبه الترتيب الوضعي والنكاح سابق في الوجود باحكامه ويتلوه الطلاق فأوجده في التعليم كذلك والطلاق اسم بمعنى المصدر الذي هو التطليق كالسلام والسراح بمعنى التسليم والتسريح ومنه قوله تعالى الطلاق مرتان أي التطليق أو هو مصدر طلقت بضم اللام أو فتحها طلاقا كالفساد وعن الاخفش نفي الضم وفي ديوان الادب انه لغة والطلاق لغة رفع الوثاق مطلقا واستعمل فعله بالنسبة الى غير نكاح المرأة من الافعال أطلقت بعيري وأسيري وفيه من التفعيل طلقت امرأتي يقال ذلك إخبارا عن أول طلقة أوقعها فان قاله ثانية فليس

﴿ كتاب الطلاق ﴾

لما كان الطلاق متأخرا عن النكاح طبعا أخره عنه وضعا ليوافق الوضع الطبع والطلاق في اللغة عبارة عن رفع القيد وفي عرف الفقهاء عبارة عن حكم شرعي برفع القيد النكاحي بألفاظ مخصوصة وسببه الحاجة المحوجة اليه

﴿ كتاب الطلاق ﴾

(قوله لما كان الطلاق متأخرا الخ) أقول كان الانسب للشارح أن يبين وجه تأخيره عن الرضاع بأنه سبب الحرمة المؤبدة دون الطلاق فقدم الاشد لكنه نظر الى ان الارضاع من تتمات النكاح فتأمل (قوله وفي عرف الفقهاء الخ) أقول لعله منقوض بالفسخ فان القاضي اذا فسخ النكاح يكون في بعض المواد طلاقا وفي بعضها فسخا واللفظ واحد فليتأمل

فيه الا التأكيد أما اذا قاله في الثالثة فللتكثير كغلقت الابواب وفي الشرع رفع قيد النكاح بلفظ مخصوص وهو ما اشتمل على مادة ط ل ق صريحا كانت طالق أو كناية كمطلقة بالتخفيف وهجاء طالق بلا تركيب كانت ط ا ل ق على ما سيأتي وغيرهما كقول القاضي فرقت بينهما عند إباء الزوج الاسلام والعنة واللعان وسائر الكنايات المفيدة للرجعة والبينونة ولفظ الخلع فخرج تفريق القاضي في إبائها وردة أحد الزوجين وتباين الدارين حقيقة وحكما وخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة ونقصان المهر فانها ليست طلاقا فقول بعضهم رفع قيد النكاح من أهله في محله غير مطرد لصدقه على الفسوخ ومشتمل على ما لا حاجة اليه فان كونه من الاهل في المحل من شرط وجوده لا دخل له في حقيقته والتعريف لمجردها * وركنه نفس اللفظ * وأما سببه فالحاجة الى الخلاص عند تباين الاخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم اقامة حدود الله تعالى وشرعه رحمة منه سبحانه وتعالى * وشرطه في الزوج أن يكون عاقلا بالغا مستيقظا وفي الزوجة ان تكون منكوحته أو في عدته التي تصلح معها محلا للطلاق وضبطها في المحيط فقال المعتدة بعدة الطلاق يلحقها الطلاق والمعتدة بعدة الوطء لا يلحقها الطلاق وقد يقال انه غير حاصر اذ تحقق العدة دونهما كالو عرض فسخ بخيار بعد مجرد الخلوة اللهم الا أن تلحق الخلوة بالوطء فكأنها هو وفيه تساهل ثم يقتضي ان كل عدة عن فسخ بعروض حرمة مؤبدة أو غير مؤبدة لا يقع فيها طلاق ولا شك فيه في الحرمة المؤبدة كما اذا عرضت الحرمة بتقبيل ابن الزوج فانه لا فائدة حينئذ في اعتباره لانه لا يتوقت بغاية ليفيد الطلاق فائدته وأما في الفسخ بغيرها فالمصرح به في العدة من خيار العتق والبلوغ أنه لا يلحقها طلاق لانه فسخ فيجعل كأنه لم يكن وكذا بعدم الكفاءة ونقصان المهر وعلى هذا اذا سبي أحد الزوجين فوقعت الفرقة لا يقع طلاق الزوج لعدم العدة لان المسبي ان كان الزوج فلا عدة على زوجته الحربية وان كانت المرأة فكذلك لحلها للسابي بالاستبراء ومثله لو وقعت الفرقة بمهاجرة أحدهما مسلما أو ذميا لا يقع طلاق لانه ان كان الرجل فلا عدة على الحربية وان كانت المرأة فكذلك عند أبي حنيفة وعندهما وان كان عليها العدة فهي عدة لا توجب ملك يد اذ لا يد للحربي وأقل ما يقع فيه الطلاق ملك اليد فكانت كالعدة عن الفرقة في نكاح فاسد وكذا لو خرج الزوجان مستأمنين فاسلم أحدهما أو صار ذميا فهي امرأته حتى تحيض ثلاث حيض فاذا حاضتها وقعت الفرقة بلا طلاق فلا يقع عليها طلاقه لان المصر منهما كأنه في دار الحرب لتمكنه من الرجوع الا انه منقوض بما اذا أسلم أحد الزوجين الذميين وفرق بينهما باباء الآخر فانه يقع عليها طلاقه وان كانت هي الآبية مع ان الفرقة هناك فسخ وبه ينتقض ما قبل اذا أسلم أحد الزوجين لم يقع عليها طلاقه وينتقض أيضا بالمرتد يقع عليها طلاقه مع ان الفرقة بردته فسخ خلافا لابي يوسف رحمه الله ولو كانت هي المرتدة فهي فسخ اتفاقا ويقع طلاقه عليها في العدة واختلف في محليتها للطلاق لو هاجرت فانفسخ النكاح فهاجر بعدها وهي في العدة على قولهما لم يقع طلاقه قال في المبسوط وقيل هذا قول أبي يوسف رحمه الله الاول وهو قول محمد فأما على قول أبي يوسف الآخر يقع طلاقه وهو نظير ما لو اشترى الرجل امرأته بعد ما دخل بها ثم أعتقها وطلقها في العدة لا يقع طلاقه في قول أبي يوسف الاول وهو قول محمد وفي قول أبي يوسف الآخر يقع وكذا الخلاف فيما لو اشترت المرأة زوجها يعني فأعتقته فحكى الخلاف في هاتين المسئلتين على عكس ما حكاه في المنظومة في المسئلة الثانية ولو ارتد ولحق بدار الحرب لا يقع طلاقه اتفاقا فلو عاد وهي بعد في العدة فطلقها فهو على هذا الخلاف وما ذكر من انه لا عدة على الحربية في دار الحرب عندهما يخالف ما ذكره محمد في السير فيما اذا أسلمت امرأة الحربي وهما في دار الحرب حيث يتأخر وقوع الفرقة بينهما الى مضي ثلاث حيض أو ثلاثة أشهر فاذا مضت وقعت الفرقة قال محمد وعليها ثلاث حيض أخرى وهي فرقة بطلاق ولهذا

وشرطه كون المطلق عاقلا بالغا والمرأة في النكاح أو عدته التي تصلح بها محلا للطلاق وحكمه زوال الملك عن المحل وأقسامه ما يذكره

(باب طلاق السنة) قال (الطلاق على ثلاثة أوجه حسن وأحسن وبدعى

يقع عليها طلاقه لان تلك الفرقة ليست للتباين بل للاباء الا ان المدة أقيمت مقام إبائه بعد العرض فلذا يقع عليها طلاقه * وأما وصفه فهو أبغض المباحات الى الله تعالى على ما رواه أبو داود وابن ماجه عنه صلى الله عليه وسلم انه قال ان أبغض المباحات عند الله الطلاق فنص على اباحته وكونه مبغوضا وهو لا يستلزم ترتب لازم المكروه الشرعى الا لو كان مكروها بالمعنى الاصطلاحى ولا يلزم ذلك من وصفه بالبغض الا لو لم يصفه بالاباحة لكنه وصفه بها الا ان أفعل التفضيل بعض ما أضيف اليه وغاية ما فيه انه مبغوض اليه سبحانه وتعالى ولم يترتب عليه ما رتب على المكروه ودليل نفى الكراهة قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن وطلاقه صلى الله عليه وسلم حفصة ثم أمره سبحانه وتعالى أن يراجعها فانها صوامة قوامة وبه يبطل قول القائلين لا يباح الا لكبر كطلاق سودة أو ريبة فان طلاقه حفصة لم يقرن بواحد منهما وأما ما روى لعن الله كل ذواق مطلاق فمحمله الطلاق لغير حاجة بدليل ما روى من قوله صلى الله عليه وسلم أيما امرأة اختلعت من زوجها بغير نشوز فعليها لعنة الله والملائكة والناس أجمعين ولا يخفى ان كلامهم فيما سيأتى من التعاليل يصرح بأنه محظور لما فيه من كفران نعمة النكاح وللحديثين المذكورين وغيرهما وانما أبيح للحاجة والحاجة ما ذكرنا فى بيان سببه فبين الحكمين منهم تدافع والاصح حظره الا لحاجة للادلة المذكورة ويحمل لفظ المباح على ما أبيح فى بعض الاوقات أعنى أوقات تحقق الحاجة المبيحة وهو ظاهر فى رواية لابى داود ما أحل الله شيأ أبغض اليه من الطلاق وان الفعل لا عموم له فى الزمان غير ان الحاجة لا تقتصر على الكبر والريبة فمن الحاجة المبيحة أن يلقى اليه عدم اشتهائها بحيث يعجز أو يتضرر بإكراهه نفسه على جماعها فهذا اذا وقع فان كان قادرا على طول غيرها مع استبقائها ورضيت باقامتها فى عصمته بلا وطء أو بلا قسم فيكره طلاقه كما كان بين رسول الله صلى الله عليه وسلم وسودة وان لم يكن قادرا على طولها أو لم ترض هى بترك حقها فهو مباح لان مقلب القلوب رب العالمين وأما ما روى عن الحسن وكان قيل له فى كثرة تزوجه وطلاقه فقال أحب الغنى قال الله تعالى وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته فهو رأى منه ان كان على ظاهره وكل ما نقل عن طلاق الصحابة رضى الله عنهم كطلاق عمر رضى الله عنه ام عاصم وعبد الرحمن بن عوف تماضر والمغيرة بن شعبة الزوجات الاربع دفعة واحدة فقال لهن أنتن حسنات الاخلاق ناعمات الاطواق طويلات الاعناق اذهبن فأنتن طلاق فمحمله وجود الحاجة مما ذكرنا وأما اذا لم تكن حاجة فمحض كفران نعمة وسوء أدب فيكره والله سبحانه وتعالى أعلم * وأما حكمه فوقوع الفرقة مؤجلا بانقضاء العدة فى الرجعى وبدونه فى البائن * وأما محاسنه فمنها ثبوت التخلص به من المكاره الدينية والدنيوية ومنها جعله بيد الرجال دون النساء لاختصاصهن بنقصان العقل وغلبة الهوى وعن ذلك ساء اختيارهن وسرع اغترارهن ونقصان الدين وعنه كان أكثر شغلهن بالدنيا وترتيب المكايد وافشاء سر الازواج وغير ذلك ومنها شرعه ثلاثا لان النفس كذوبة ربما يظهر عدم الحاجة اليها أو الحاجة الى تركها وتسوله فاذا وقع حصل الندم وضاق الصدر به وعيل الصبر فشرعه سبحانه وتعالى ثلاثا ليجرب نفسه فى المرة الاولى فان كان الواقع صدقها استمر حتى تنقضى العدة والا أمكنه التدارك بالرجعة ثم اذا عادت النفس الى مثل الاول وغلبته حتى عاد الى طلاقها نظر أيضا فيما يحدث له فما يوقع الثالثة الا وقد جرب وفقه فى حال نفسه وبعد الثلاث تبلى الاعذار * وأما أقسامه فما أفاده المصنف بقوله (الطلاق على ثلاثة أوجه حسن وأحسن وبدعى) اعلم ان الطلاق سنى وبدعى والسنى من حيث العدد ومن

﴿باب طلاق السنة﴾ ذهب بعض الناس الى ان ايقاع الطلاق ليس بمباح الا عند الضرورة لقوله عليه السلام لعن الله كل ذواق مطلاق والعامة على اباحته بالنصوص المطلقة كقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء وقوله تعالى يا أيها النبى اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأمثالهما وأقسامه ثلاثة حسن وأحسن وبدعى على ما ذكره فى الكتاب وهو ظاهر

﴿باب طلاق السنة﴾ أقول فيكون ذكر التداعى استطرادا (قال المصنف الطلاق على ثلاثة أوجه) أقول قال العلامة النسفى فى الكنز الطلاق رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح انتهى فيه بحث لانه منقوض بالفسخ قال العلامة الزيلعى فى شرحه وهذا فى الشريعة وقوله شرعا يحترز به عن رفع القيد الثابت حسا وهو حل الوثاق وقوله بالنكاح يحترز به عن العتق لانه رفع قيد ثابت شرعا لكنه لا يثبت ذلك القيد بالنكاح وفى اللغة عبارة عن رفع القيد مطلقا يقال أطلق الفرس والاسير ولكن استعمل فى النكاح بالتفعيل وفى غيره بالافعال ولهذا فى قوله لامرأته أنت مطلقة بتشديد اللام لا يحتاج فيها الى النية وبتخفيفها يحتاج اهـ

(قوله ولانه ابعد من الندامه) حيث ابقى لنفسه مكنة التدارك بان يراجعها فى العدة و بعدها بتجديد من غير استحلال واقل ضررا بالمرأة حيث لم تبطل محليتها نظرا اليه لان اتساع المحلية نعمة فى حقهن فلا يتكامل ضررا لايحاش وقوله (ولاخلاف لاحد فى الكراهة) أى فى عدم الكراهة يعنى لم يقل أحد بكراهة هذا الطلاق وقوله (لان الاصل فى الطلاق هو الحظر) لانه قطع النكاح الذى هو سنة فيكون محظورا وقوله (والاباحة لحاجة الخلاص) الضرورة التخلص عنها بتباين الاخلاق وتنافر الطباع وهذا المعنى يحصل بالواحدة فلا يحتاج الى الثانية ولنا قوله عليه السلام فى حديث ابن عمر وهو ماروى البخارى وغيره مسندا الى نافع عن عبد الله بن عمر أنه طلق امرأته وهى حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال عليه السلام مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسك بعد وان شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التى أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء وأشار به الى قوله تعالى وطلقوهن لعدتهن قال ان شاء أمسك بعد وان شاء طلق خير بين الامساك والطلاق ولو كان الطلاق الثانى بدعة لما فعل ذلك كذا فى بعض الشروح وليس هذا شرح مافى الكتاب وانما شرحه ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لابن عمر حين طلق امرأته وهى حائض ماهكذا أمرك الله تعالى

فالاحسن أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة فى طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضى عدتها) لان الصحابة رضى الله تعالى عنهم كانوا يستحبون أن لا يزيدوا فى الطلاق على واحدة حتى تنقضى العدة فان هذا أفضل عندهم من أن يطلقها الرجل ثلاثا عند كل طهر واحدة ولانه أبعد من الندامة وأقل ضررا بالمرأة ولا خلاف لاحد فى الكراهة (والحسن هو طلاق السنة وهو أن يطلق المدخول بها ثلاثا فى ثلاثة أطهار) وقال مالك رحمه الله انه بدعة ولا يباح الا واحدة لان الاصل فى الطلاق هو الحظر والاباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث ابن عمر رضى الله عنهما

حيث الوقت والبدعى كذلك فالسنى حسن وأحسن (فالاحسن أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة فى طهر لم يجامعها فيه) ولا فى الحيض الذى قبله ولا طلاق فيه وهذا على ظاهر المذهب على ماسيأتى (ويتركها حتى تنقضى عدتها) لما أسند ابن أبى شيبة عن ابراهيم النخعى ان الصحابة رضى الله عنهم كانوا يستحبون أن يطلقها واحدة ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض وقال محمد بلغنا عن ابراهيم النخعى (ان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يستحبون أن لا يزيدوا فى الطلاق على واحدة حتى تنقضى العدة فان هذا أفضل عندهم من أن يطلق الرجل امرأته ثلاثا عند كل طهر واحدة ولانه أبعد عن الندامة) حيث أبقى لنفسه مكنة التدارك حيث يمكنه التزوج بها فى العدة أو بعدها دون تحلل زوج آخر (وأقل ضررا بالمرأة) حيث لم تبطل محليتها بالنسبة اليه فان سعة حلها نعمة عليها فلا يتكامل ضرر الايحاش (ولا خلاف لاحد فى الكراهة) انها واقعة أولا بل الاجماع على انتفائها بخلاف الحسن فان فيه خلاف مالك ولما ذكرنا من قلة ضرر هذا واستحبابه عند الصحابة كان أحسن واعلم ان السنى المسنون وهو كالمندوب فى استعقاب الثواب والمراد به هنا المباح لان الطلاق ليس عبادة فى نفسه ليثبت له ثواب فمعنى المسنون منه ماثبت على وجه لا يستوجب عتابا نعم لو وقعت له داعية أن يطلقها عقيب جماعها أو حائضا أو ثلاثا فمنع نفسه من الطهر الى الطهر الآخر والواحدة نقول انه يثاب لكن لا على الطلاق فى الطهر الخالى بل على كف نفسه عن ذلك الايقاع على ذلك الوجه امتناعا عن المعصية وذلك الكف غير فعل الايقاع وليس المسنون يلزم تلك الحالة لانه لو أوقع واحدة فى الطهر الخالى من غير أن يخطر له داعية ذلك الايقاع سميناه طلاقا مسنونا مع انتفاء سبب الثواب وهو كف النفس عن المعصية بعد تهيؤ أسبابها وقيام داعيتها وهذا كمن استمر على عدم الزنا من غير أن يخطر له داعيته وتهيؤه له مع الكف عنه لا يثاب عليه ولو وقعت له داعيته وطلب النفس له وتهيؤه له وكف تجافيا عن المعصية أثيب (قوله والحسن طلاق السنة) وأنت حققت ان كلا منهما طلاق السنة فتخصيص هذا باسم طلاق السنة لا وجه له والمناسب تمييزه بالمفضول من طلاق السنة قال (وهو أن يطلق المدخول بها ثلاثا فى ثلاثة اطهار) سواء كانت الزوجة مسلمة أو غير مسلمة لانه المخاطب بايقاعه كذلك ويجب على الغائب اذا أراد أن يطلق أن يكتب اذا جاءك كتابى هذا وأنت طاهرة فأنت طالق وان كنت حائضا فاذا طهرت فأنت طالق وقال مالك هذا بدعة ولا يباح الا واحدة لان الاصل فى الطلاق هو الحظر والاباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم) فيما روى الدارقطنى من حديث معلى بن منصور حدثنا شعيب بن زريق ان عطاء الخراسانى حدثهم عن الحسن قال حدثنا عبد الله بن عمر انه طلق امرأته وهى حائض ثم أراد أن يتبعها بطلقتين أخريين عند القرأين فبلغ ذلك رسول الله صلى الله

(قوله حيث لم تبطل محليتها نظرا اليه لان اتساع المحلية نعمة فى حقهن) أقول فيه مخالفة لما سبق فى اثبات خيار العتق فى باب نكاح الرقيق على ما فصل فى الشروح قال المصنف (والحسن هو طلاق السنة) أقول تخصيص هذا باسم طلاق السنة لا وجه له اذ الاحسن أيضا هو طلاق السنة

انما السنة أن تستقبل الطهر استقبالا و يطلقها لكل قرء تطليقة (وقوله ولان الحكم يدار على دليل الحاجة) بيانه أن الاصل فى الطلاق الحظر كما قال مالك والاباحة للحاجة بسبب العجز عن الامساك بالمعروف عند عدم موافقة الاخلاق والحاجة بسبب العجز أمر مبطن فاقيم دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق فى زمان تجدد الرغبة فيها وهو الطهر الخالى عن الجماع مقامه وكلما تكرر دليل الحاجة جعلت كأن الحاجة الى الطلاق تكررت فابيح تكرار الطلاق المفرق على الاطهار (وقوله ثم قيل) اختلف المشايخ فى هذا الطلاق فقال بعضهم يؤخر الايقاع الى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة وهو رواية أبى يوسف عن أبى حنيفة

ان من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل قرء تطليقة ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق فى زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالى عن الجماع فالحاجة كالمتكررة نظرا الى دليلها ثم قيل الاولى أن يؤخر الايقاع الى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة والاظهر أن يطلقها كما طهرت لانه لو أخر ربما يجامعها ومن قصده التطليق فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع (وطلاق البدعة أن يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو ثلاثا فى طهر واحد فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا)

واختاره بعض المشايخ وقال بعضهم يطلقها كما طهرت لانه لو أخر ربما يجامعها ومن قصده التطليق فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع قال المصنف والاظهر أن يطلقها كما طهرت جعل هذا أظهر لان محمدا قال فى الاصل واذا أراد أن يطلقها ثلاثا طلقها واحدة اذا طهرت من الحيض * ر ا لملاق البدعة أن يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو ثلاثا فى طهر واحد وهو حرام عندنا لكنه اذا فعل وقع الطلاق وبانت منه وحرمت حرمة غليظة وكان عاصيا

عليه وسلم فقال يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله قد أخطأت السنة السنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء فأمرنى فراجعتها فقال اذا هى طهرت فطلق عند ذلك أو أمسك فقلت يا رسول الله أرأيت لو طلقتها ثلاثا أكان يحل لى أن أراجعها فقال لا كانت تبين منك وكانت معصية أعله البيهقى بالخراسانى قال أتى بزيادات لم يتابع عليها وهو ضعيف لا يقبل ما تفرد به ورد بانه رواه الطبرانى حدثنا على بن سعيد الرازى حدثنا يحيى بن عثمان بن سعيد بن كثير بن دينار الحمصى حدثنا أبى حدثنا شعيب بن زريق سندا ومتنا وقد صرح الحسن بسماعه من ابن عمر وكذلك قال أبو حاتم وقيل لابى زرعة الحسن لقى ابن عمر قال نعم وأما اعلال عبد الحق اياه بعلى بن منصور فليس بذاك ولم يعله البيهقى الا بالخراسانى وقد ظهرت متابعته ولان الحكم يدار على دليل الحاجة لخفائها لانها باطنة ودليلها الاقدام على طلاقها فى زمن تجدد الرغبة وقد تكون الحاجة ماسة الى تركها البتة لرسوخ الاخلاق المتباينة وموجبات المنافرة فلا تفيد رجعتها فيحتاج الى فطام النفس عنها على وجه لا يعقب الندم والنفس تلح الحسن الظاهر وطريق اعطاء هذه الحاجة مقتضاها على الوجه المذكور أن يطلق واحدة ليجرب نفسه على الصبر ويعالجها عليه فان لم يقدر تدارك بالرجعة وان قدر أوقع أخرى فى الطهر الآخر كذلك فان قدر أبانها بالثالثة بعد تمرن النفس على الفطام ثم اذا أوقع الثلاثة فى ثلاثة أطهار فقد مضت من عدتها حيضتان ان كانت حرة فاذا حاضت حيضة انقضت وان كانت أمة فبالطهر من الحيضة الثانية بانت ووقع عليها ثنتان (قوله ثم قيل الاولى أن يؤخر الطلاق الى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة) عليها وقال المصنف والاظهر أى الاظهر من قول محمد حيث قال اذا أراد أن يطلقها ثلاثا طلقها واحدة اذا طهرت ووجهه بانه لو أخر ربما يجامعها فيه ومن قصده تطليقها فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع ولا يخفى ان الاول أقل ضررا فكان أولى وهو رواية عن ابى يوسف رحمه الله عن أبى حنيفة رحمه الله (قوله وطلاق البدعة) ما خالف قسمى السنة وذلك بان يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو مفرقة فى طهر واحد أو ثنتين كذلك أو واحدة فى الحيض أو فى طهر قد جامعها فيه أو جامعها فى الحيض الذى يليه هو فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا وفى كل من وقوعه وعدده وكونه معصية خلاف فعن الامامية لا يقع بلفظ الثلاث ولا فى حالة الحيض لانه بدعة محرمة وقال صلى الله عليه وسلم من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد وفى أمره

قال المصنف (احترازا عن تطويل العدة) أقول لا يقال ما ذكره موهوم لا يعارض المحقق الذى هو تطويل العدة لانه لا تطويل للعدة هنا لانها ثلاث حيض كاملة ولم يزد عليها شئ بخلاف ما اذا طلقها حائضا فان الحيض الذى وقع فيه الطلاق لا يحتسب من العدة مع انه من جنسها أو يحتسب فيكمل بالرابعة ولا يتجزأ فتتكامل كما صرح به فى كتب الاصول وعلى هذا فتطويل العدة فى غاية الظهور قال المصنف (وطلاق البدعة أن يطلقها) أقول قال ابن الهمام طلاق البدعة ما خالف قسمى السنة وذلك أن يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو مفرقة فى طهر واحد أو ثنتين كذلك أو واحدة فى الحيض أو فى طهر قد جامعها فيه أو جامعها فى الحيض الذى يليه هو اه يعنى الطهر الذى أوقع فيه الطلاق

صلى

صلى الله عليه وسلم ابن عمر أن يراجعها حين طلقها وهى حائض دليل على بطلان قولهم فى الحيض
وأما بطلانه فى الثلاث فينتظمه ماسيأتى من دفع كلام الامامية وقال قوم يقع به واحدة وهو مروى
عن ابن عباس رضى الله عنهما وبه قال ابن اسحق ونقل عن طاوس وعكرمة انهم يقولون خالف السنة
فيرد الى السنة وفى الصحيحين ان أبا الصهباء قال لابن عباس ألم تعلم ان الثلاث كانت تجعل واحدة على
عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وصدرا من امارة عمر قال نعم وفى رواية لمسلم ان ابن عباس
قال كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث
واحدة فقال عمر ان الناس قد استعجلوا فى أمر كان لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم وروى
أبو داود عن ابن عباس قال اذا قال أنت طالق ثلاثا بفم واحدة فهى واحدة وروى ابن اسحق عن
عكرمة عن ابن عباس مثل ذلك وقال الامام أحمد حدثنا سعيد بن ابراهيم قال أنبأنا أبى عن محمد بن اسحق
قال حدثنى داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهما قال طلق ركانة بن عبد يزيد زوجته
ثلاثا فى مجلس واحد فحزن عليها حزنا شديدا فسأله النبى صلى الله عليه وسلم كيف طلقتها قال طلقتها
ثلاثا فى مجلس واحد قال انما تلك طلقة واحدة فارتجعها ومنهم من قال فى المدخول بها يقع ثلاثا
وفى غيرها واحدة لما فى مسلم وأبى داود والنسائى ان أبا الصهباء كان كثير السؤال لابن عباس قال أما
علمت ان الرجل اذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة الحديث قال ابن عباس بل كان
الرجل اذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
وأبى بكر وصدرا من امارة عمر فلما رأى الناس قد تتابعوا فيها قال أجيزوهن عليهم هذا لفظ أبى داود وذهب
جمهور الصحابة والتابعين ومن بعدهم من أئمة المسلمين الى أنه يقع ثلاث ومن الادلة فى ذلك ما فى مصنف
ابن أبى شيبة والدارقطنى فى حديث ابن عمر المتقدم قلت يارسول الله أرأيت لو طلقتها ثلاثا قال اذا قد
عصيت ربك وبانت منك امرأتك وفى سنن أبى داود عن مجاهد قال كنت عند ابن عباس فجاءه رجل
فقال انه طلق امرأته ثلاثا قال فسكت حتى ظننت انه رادها اليه ثم قال أيطلق أحدكم فيركب الحموقة ثم
يقول يا ابن عباس يا ابن عباس فان الله عز وجل قال ومن يتق الله يجعل له مخرجا عصيت ربك وبانت منك
امرأتك وفى موطا مالك بلغه ان رجلا قال لعبد الله بن عباس انى طلقت امرأتى مائة تطليقة فماذا ترى
على فقال ابن عباس طلقت منك ثلاثا وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزوا وفى الموطا أيضا
بلغه ان رجلا جاء الى ابن مسعود فقال انى طلقت امرأتى ثمانى تطليقات فقال ماقيل لك فقال قيل لى
بانت منك قال صدقوا هو مثل ما يقولون وظاهره الاجماع على هذا الجواب وفى سنن أبى داود وموطا
مالك عن محمد بن اياس بن البكير قال طلق رجل امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها ثم بدا له أن ينكحها
فجاء يستفتى فذهبت معه فسأل عبد الله بن عباس وأبا هريرة عن ذلك فقالا لانرى أن تنكحها حتى
تنكح زوجا غيرك قال فانما كان طلاقى اياها واحدة فقال ابن عباس انك أرسلت من يدك ما كان لك
من فضل وهذا يعارض ما تقدم من ان غير المدخول بها انما تطلق بالثلاث واحدة وجميعها يعارض
ما عن ابن عباس وفى موطا مالك مثله عن ابن عمر وأما امضاء عمر الثلاث عليهم فلا يمكن مع عدم مخالفة
الصحابة له مع علمه بانها كانت واحدة الا وقد اطلعوا فى الزمان المتأخر على وجود ناسخ هذا ان كان على
ظاهره أو لعلمهم بانتهاء الحكم كذلك لعلمهم باناطته بمعان علموا انتفاءها فى الزمن المتأخر فانا نرى الصحابة
تتابعوا على هذا الامر ولا يمكن وجود ذلك منهم مع اشتهار كون حكم الشرع المتقرر كذلك أبدا فمن ذلك
ما أوجدناك عن عمر وابن مسعود وابن عباس وأبى هريرة وروى أيضا عن عبد الله بن عمرو بن العاص
وأسند عبد الرزاق عن علقمة قال جاء رجل الى ابن مسعود فقال انى طلقت امرأتى تسعا وتسعين فقال له
ابن مسعود ثلاث تبينها وسائرهن عدوان وروى وكيع عن الاعمش عن حبيب بن ثابت قال جاء رجل

وقال الشافعي رحمه الله كل الطلاق مباح لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم

الى علي بن أبي طالب فقال اني طلقت امرأتي ألفا فقال له علي بانت منك بثلاث واقسم سائرهن على نسائك وروى وكيع أيضا عن معاوية بن أبي يحيى قال جاء رجل الى عثمان بن عفان فقال طلقت امرأتي ألفا فقال بانت منك بثلاث وأسند عبد الرزاق عن عبادة بن الصامت ان أباه طلق امرأته ألف تطليقة فانطلق عبادة فسأله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بانت بثلاث في معصية الله تعالى وبقي تسعمائة وسبع وتسعون عدوانا وظلما ان شاء عذبه الله وان شاء غفر له وقول بعض الحنابلة القائلين بهذا المذهب توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مائة ألف عين رأته فهل صح لكم عن هؤلاء أو عن عشر عشر عشرهم القول بلزوم الثلاث بفم واحد بل لو جهدتم لم تطيقوا نقله عن عشرين نفسا باطل أما أولا فاجماعهم ظاهر فانه لم ينقل عن أحد منهم انه خالف عمر رضي الله عنه حين أمضى الثلاث وليس يلزم في نقل الحكم الاجماعي عن مائة ألف ان يسمى كل ليلزم في مجلد كبير حكم واحد على انه اجماع سكوتي واما ثانيا فان العبرة في نقل الاجماع نقل ما عن المجتهدين لا العوام والمائة الالف الذين توفي عنهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبلغ عدة المجتهدين الفقهاء منهم أكثر من عشرين كالخلفاء والعبادلة وزيد بن ثابت ومعاذ بن جبل وأنس وأبي هريرة رضي الله عنه وقليل والباقون يرجعون اليهم ويستفتون منهم وقد أثبتنا النقل عن أكثرهم صريحا بايقاع الثلاث ولم يظهر لهم مخالف فماذا بعد الحق الا الضلال وعن هذا قلنا لو حكم حاكم بأن الثلاث بفم واحد واحدة لم ينفذ حكمه لانه لا يسوغ الاجتهاد فيه فهو خلاف لا اختلاف والرواية عن أنس بانها ثلاث أسندها الطحاوي وغيره وغاية الامر ان يصير كبيع أمهات الاولاد أجمع على نفيه وكن في الزمن الاول يبعن وبعد ثبوت اجماع الصحابة رضي الله عنهم لا حاجة الى الاشتغال بالجواب عن قياسهم على الوكيل بالطلاق واحدة إذا طلق ثلاثا مع ظهور الفرق بأن مخالفته لا تحتمل مخرجا عن الابطال لمخالفته الاذن والمكلفون وان كانوا أيضا انما يتصرفون باذن الشرع لكن اذا أجمعوا على خلاف بعض الظواهر والاجماع حجة قطعية كان مقدما بأمر الشرع على ذلك الظاهر فلنا أن لا نشتغل معه بتأويل وقد يجمع بما ذكرنا من الاطلاع على الناسخ أو العلم بانتهاء الحكم لانتهاء علته هذا وان حمل الحديث على خلاف ظاهره دفعا لمعارضة اجماع الصحابة رضي الله عنهم على ما أوجدناك من النقل عنهم واحدا واحدا وعدم المخالف لعمر في امضائه وظاهر حديث ابن مسعود رضي الله عنه فتأويله ان قول الرجل أنت طالق أنت طالق أنت طالق كان واحدة في الزمن الاول لقصدهم التأكيد في ذلك الزمان ثم صاروا يقصدون التجديد فالزمهم عمر رضي الله عنه ذلك لعلمه بقصدهم وما قيل في تأويله ان الثلاث التي يوقعونها الآن انما كانت في الزمان الاول واحدة تنبيه على تغير الزمان ومخالفة السنة فيشكل اذ لا يتجه حينئذ قوله فأمضاه عمر رضي الله عنه واما حديث ركانة فمنكر والاصح ما رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه ان ركانة طلق زوجته البتة فحلفه رسول الله صلى الله عليه وسلم انه ما أراد الا واحدة فردها اليه فطلقها الثانية في زمن عمر رضي الله عنه والثالثة في زمن عثمان رضي الله عنه قال أبو داود وهذا أصح * واما المقام الثالث وهو كون الثلاثة بكلمة واحدة معصية أولا فحكي فيه خلاف الشافعي رحمه الله استدل بالاطلاقات من نحو قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن وما روى ان عويمرا العجلاني لما لاعن امرأته وقال كذبت عليها يا رسول الله ان أمسكتها فهي طالق ثلاثا ولم ينكر عليه صلى الله عليه وسلم وفي بعض روايات حديث فاطمة بنت قيس طلقني زوجي ثلاثا فلم يجعل لي النبي صلى الله عليه وسلم نفقة ولا سكنى وطلق عبد الرحمن بن عوف تماضر ثلاثا في مرضه وطلق الحسن بن علي رضي الله عنه امرأته شهباء ثلاثا لما هنته بالخلافة

وقال الشافعي كل طلاق مباح) يعني في حد ذاته وانما قلت ذلك لئلا يرد على تعميمه الطلاق حالة الحيض وفي طهر قد جامعها فيه فان الطلاق في هذين الوقتين حرام عنده أيضا قال في تعليله (لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم) وهو وقوع الطلاق وكل ما هو مشروع لا يكون محظورا

قال المصنف (كل الطلاق مباح) أقول من حيث انه طلاق

لان المشروعية لاتجامع الحظر فان قيل فكيف يصح العموم والطلاق فى حالة الحيض حرام أجاب بقوله (بخلاف الطلاق فى حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها الا الطلاق) وكذلك بقول المحرم فيما اذا طلقها فى طهر جامعها فيه التباس أمر العدة عليها فانه اذا طلقها فيه يلتبس أمر العدة عليها لايدرى أهى حامل فتعتد بوضع الحمل أو حائل فتعتد بالاقراء ثم قال لا أعرف فى الجمع بدعة ولا فى التفريق سنة بل الكل مباح * (ولنا ان الطلاق الاصل فيه الحظر لما فيه من قطع النكاح الذى تعلقت به المصالح الدينية) من تحصين الفرج عن الزنا المحرم فى جميع الاديان (والدنيوية) لما فيه من المسكن والازدواج واكتساب الولد وكل ما هو كذلك ينبغى أن لايجوز وقوعه فى الشرع الا أنه أبيح للحاجة الى الخلاص كما تقدم ولا حاجة الى الجمع بين الثلاث فان قيل فكما لا حاجة الى الجمع بين الثلاث فكذا لا حاجة الى المفرق على الاطهار * أجاب بقوله (وهى) أى الحاجة (فى المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها) وهو الاقدام على الطلاق فى زمان تجدد الرغبة وهو الطهر كما تقدم والحكم يدار على دليل الحاجة لكونها أمرا مبطنا فان قيل دليل الحاجة انما يقام مقام الحاجة فيما تتصور وجودها وههنا لا تتصور لان الحاجة الى الخلاص عن عهدة النكاح فى الطهر الثانى والثالث مع ارتفاع النكاح بالاول غير متصور أجاب بقوله (والحاجة فى نفسها باقية) يعنى لاحتمال أن تكون سيئة الاخلاق بذية اللسان فيسد على الزوج باب امكان التدارك مع صيانته عن عروض الندم قال فخر الاسلام وعلى هذا يجوز أن يباح الثلاث جملة لكنها علة تعارض النص فلم تؤثر وأظن أنه أراد بالنص قوله تعالى الطلاق مرتان فانه يدل على أنه مفرق ويجوز أن يراد قوله عليه السلام لابن عمر إن من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا الحديث

والمشروعية لاتجامع الحظر بخلاف الطلاق فى حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها الا الطلاق ولنا أن الاصل فى الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذى تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية والاباحة للحاجة الى الخلاص ولا حاجة الى الجمع بين الثلاث وهى فى المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها والحاجة فى نفسها باقية فأمكن تصوير الدليل عليها

بعد موت على رضى الله عنه ولان الطلاق مشروع والمشروعية لاتجامع الحظر ألا ترى انه لو طلق نساءه الاربع دفعة جاز فكذا الواحدة ثلاثا بطريق الاولى بخلاف الطلاق فى حالة الحيض لانه يحرم للمضارة بتطويل العدة عليها الا الطلاق وبخلافه فى الطهر الذى جامعها فيه يحرم التلبيس وجه العدة أهو بالاقراء أو الوضع لاحتمال الحبل ولنا قوله تعالى الطلاق مرتان الى ان قال فان طلقها فلزم ان لا طلاق شرعا الا كذلك لانه ليس وراء الجنس شئ وهذا من طرق الحصر فلا طلاق مشروع ثلاثا مرة واحدة وكان يتبادر ان لايقع شئ كما قال الامامية لكن لما علمنا ان عدم مشروعيته كذلك لمعنى فى غيره وهو تفويت معنى شرعيته سبحانه له كذلك وامكان التدارك عند الندم وقد يعود ضرره على نفسه وقد لا وهذا معنى قوله والمشروعية فى ذاته لاتنافى الحظر الى آخره على ما نبين ولنا أيضا ما قدمناه من قول ابن عباس رضى الله عنهما للذى طلق ثلاثا وجاء يسأل عصيت ربك وما قدمناه من مسند عبد الرزاق فى حديث عبادة بن الصامت حيث قال صلى الله عليه وسلم بانت بثلاث فى معصية الله تعالى وكذا ما حدث الطحاوى عن ابن مرزوق عن أبى حذيفة عن سفيان عن الاعمش عن مالك بن الحرث قال جاء رجل الى ابن عباس فقال ان عمى طلق امرأته ثلاثا فقال ان عمك عصى الله فأثم وأطاع الشيطان فلم يجعل له مخرجا وما روى النسائى عن محمود بن لبيد قال أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاثا جميعا فقام غضبان فقال أيلعب بكتاب الله عز وجل وأنا بين أظهركم حتى قام رجل فقال يارسول الله ألا أقتله وأما ما فى بعض الشروح من نسبة الطلاق المذكور الى محمود بن لبيد فغير معروف وحينئذ فيجب حمل ما روى عن بعض الصحابة من الطلاق ثلاثا انهم قالوا ثلاثا للسنة وأيضا لنا ما ذكر المصنف من أن الاصل فى الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع المصالح الدينية والدنيوية والادلة السمعية التى ذكرناها وانما يباح للحاجة الى الخلاص من المفاسد التى قد تعرض فى الدين والدنيا فيعود على موضوعه بالنقض ولا حاجة الى الجمع بين الثلاث بخلاف تفريقها على الاطهار فانها ثابتة نظرا الى دليلها وقد قدمنا أن الحاجة باطنة فانيط الحكم بالحل على دليلها وهو الاقدام عليه فى زمن الرغبة فاذا طلقها فى كل طهر طلقة حكم بالحاجة الى الثلاث كذلك فورد عليه ان دليل الحاجة انما يعتبر عند تصور الحاجة وهى ههنا غير متصورة للعلم بارتفاعها بالطلقة الواحدة فأجاب بمنع انتفائها

قال المصنف (ولنا ان الاصل فى الطلاق هو الحظر) أقول قال الكافى فان قال انه مأمور به فانى يكون محظورا قلنا الامر به لاينفى الحظر فان المحظور قد يرخص بصيغة الامر حتى لايقع فى محظور فوقه كالحنث فى اليمين وقطع الصلاة الى آخر ما ذكره اهـ قوله كالحنث فى اليمين يعنى قول النبى صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت الذى هو خير منه ثم ليكفر عن يمينه وقوله وقطع

والمشروعية في ذاته من حيث انه ازالة الرق لا تنافي الحظر لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه وكذا ايقاع الثنتين في طهر واحد بدعة لما قلنا واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في الاصل انه أخطأ السنة لانه لا حاجة الى اثبات صفة زائدة في الخلاص وهي البينونة وفي الزيادات أنه لا يكره للحاجة الى الخلاص ناجزا (والسنة في الطلاق من وجهين سنة في الوقت وسنة في العدد فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها) وقد ذكرناها (والسنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة وهو أن يطلقها في طهر لم يجامعها فيه) لان المراعى دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع أما زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة (وغير المدخول بها يطلقها في حالة الطهر والحيض)

بالكلية لما قررناه في جواب مالك من ان الحاجة قد تتحقق الى فطام النفس على وجه يامن ظاهرا عروض الندم وطريق دفعها حينئذ الثلاث مفرقة على الاطهار لا مجموعة لما وجهناه (قوله والمشروعية في ذاته) جواب عن قوله مشروع فلا ينافي الحظر يعني ان مشروعيته باعتبار ذاته فانه في ذاته ازالة الرق لما قدمنا من ان النكاح نوع رق فلا ينافي الحظر لغيره وهو ما ذكرنا من ان فيه قطع متعلق المصالح الدينية والدنيوية فجاز اثبات مشروعيته في ذاته مع حظره لذلك فيصح اذا وقع ويستعقب أحكامه مع استعقاب استحقاق العقاب اذا لم يكن مسوغ للحظر الحالي كالصلاة في الارض المغصوبة والوجه في تقريره انه مشروع من حيث هو دافع لحاجة لزوم فساد الدين والدنيا ولا ينافيه كونه غير مشروع من حيث انه اضرار وكفران بلا حاجة وهذا أحسن من قوله مشروع في ذاته الخ اذا تأملت لان هذا التفصيل هو الواقع في نفس الامر وسيصرح به في وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف في طلاق الحامل حيث قال ولهما ان الاباحة بعلة الحاجة (قوله وكذا ايقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا) من انه لا حاجة الى الزيادة على الواحدة (قوله واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في الاصل) يعني أصل المبسوط وهو الكافي للحاكم أبي الفضل اخطأ السنة وهو ظاهر الرواية لانه لا حاجة في الخلاص الى اثبات صفة البينونة ولانه يسد على نفسه باب التدارك عند عدم اختيار المرأة الرجعة وفي الزيادات لا يكره للحاجة الى الخلاص ناجزا والمراد زيادات الزيادات فلا يشكل صحة اطلاق الزيادات عليها ومما يدل على صحة هذه ان أبا ركانة طلق امرأته البتة والواقع بها بائن ولم ينكر صلى الله عليه وسلم عليه والقياس على الخلع والجواب تجوز أن يكون أبو ركانة طلق امرأته قبل الدخول أو انه أخر الانكار عليه لحال اقتضت تأخيره اذ ذاك والخلع لا يكون الا عند تحقق الحاجة وبلوغها النهاية ولهذا روى عن أبي حنيفة ان الخلع لا يكره حالة الحيض (قوله والسنة في الطلاق من وجهين في الوقت والعدد فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها) وهي أن يطلق واحدة فاذا طلق غير المدخول بها ثلاثا كان عاصيا ففي التي خلا بها أولى أن يكون معصية ولا يخفى ان الاستواء بينهما مطلقا متعذر فان السنة من حيث العدد في المدخول بها تثبت بقسميها أن يطلقها واحدة ليس غير وان يلحقها باخريين عند الطهر ولا يتصور ذلك في غير المدخول بها اذ لا عدة لها وهذا ظاهر (قوله والسنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة) وكأنه عمم المدخول بها في التي خلا بها فانه أيضا يجب مراعاة السنة في طلاقها وذلك الوقت هو الطهر الذي لا جماع فيه ولا في الحيض الذي قبله فلزم في التخلص من البدعة في المدخول بها مراعاة السنتين فلو أخل باحداهما لزمت

(قوله والمشروعية في ذاته) جواب عن قوله والمشروعية لا تجامع الحظر ووجهه أن المشروع لذاته لا يجوز أن يكون محظورا لذاته أما اذا كان المشروعية لذاته والحظر لمعنى في غيره كما ذكرنا من فوات مصالح الدين والدنيا فلا تنافي اذ ذاك كالبيع وقت النداء والصلاة في الارض المغصوبة وقد قررناه في التقرير وكذا ايقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا انه لا حاجة الى الجمع بين الثلاث وقوله (واختلفت الرواية) ظاهر قال (والسنة في الطلاق من وجهين أحدهما في الوقت والآخر في العدد فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغيرها وقد ذكرناها) وهي أن لا يزيد على الواحدة وسمى الواحد عددا مجازا لكونه أصل العدد وهو ما يكون نصف حاشيتيه (والسنة في الوقت في المدخول بها خاصة وهو أن يطلقها في طهر لم يجامعها فيه) لما ذكرنا أن شرعيته باعتبار الحاجة والمراعى دليلها (وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع أما زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة) فلم يكن فيهما دليل الحاجة ليقام مقامه وغير المدخول بها حيث لم ينل منها شيأ فالرغبة فيها باقية سواء كان في حالة الحيض وفي حالة الطهر فلم يخرج طلاقها عن السني في أي وقت كان

المعصية

(قوله وسمى الواحد عددا مجازا لكونه أصل العدد وهو ما يكون نصف حاشيتيه) أقول قوله هو راجع الى العدد

(خلافا لزفر فانه يقيسها على المدخول بها) وقوله ولنا واضح * وعورض بان ما ذكرتم تعليل فى مقابلة النص فان قوله عليه السلام لابن عمر انما السنة أن تستقبل الطهر باطلاقه يدل على أن الطلاق فى حالة الحيض ليس بسنة من غير تفرقة بين المدخول بها وغير المدخول بها ولا عبرة لخصوص السبب وأجيب بان الخصوص لم يثبت لخصوص السبب بل لقوله عليه السلام لعمر مره فليراجعها (وان كانت المرأة لا تحيض من صغر أو كبر فأراد أن يطلقها ثلاثا للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها أخرى فاذا مضى شهر طلقها أخرى لان الشهر فى حقها قائم مقام الحيض لقوله تعالى واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن) يعنى ان أشكل عليكم حكم اعتدادها تين الطائفتين فحكمهن هذا وقوله (واللائى لم يحضن) مبتدأ خبره محذوف أى واللائى لم يحضن فعدتهن ثلاثة أشهر وقوله (والاقامة فى حق الحيض خاصة) قيل هو اشارة الى ما اختاره بعض أصحابنا ان الشهر قائم مقام الحيض خاصة دون الحيض والطهر جميعا كما اختاره آخرون وقال شمس الائمة ظن بعض أصحابنا ان الشهر فى حق التى لا تحيض بمنزلة الحيض والطهر فى حق التى تحيض وليس كذلك بل الشهر فى حقها بمنزلة الحيض فى حق التى تحيض حتى يتقدر به الاستبراء ويفصل به بين طلاقى السنة وهذا لان المعتبر فى حق ذوات الاقراء الحيض ولكن لا تتصور تجدد الحيض الا بتخلل الطهر وفى الشهور ينعدم هذا المعنى فكان الشهر قائما مقام ما هو المعتبر وفيه بحث من وجهين أحدهما ما ذكره صاحب النهاية ان الشهر لما أقيم مقام الحيض فاذا أوقع الطلاق فى أى شهر كان من الاشهر الثلاثة كان موقعا للطلاق فى الحيض فكان حراما كما فى حالة الحيض والثانى ما ذكره بعض الشارحين أن الشهر لو قام مقام الحيض خاصة لما احتيج الى اقامة ثلاثة أشهر مقام ثلاث حيض بل يكتفى باقامة شهر احد مقام ثلاث حيض لان الحيض أكثره عشرة أيام ومدة ثلاث حيض تحصل فى شهر واحد لكن اللازم منتف فينتفى الملزوم وأجيب عن الاول بان هذه المدة طهر حقيقة ولكن أقيمت مقام الحيض وما قام مقام الشئ لا يجوز أن يكون فى معناه من كل وجه والا كان عينه لا قائما مقامه فكان قائما مقامه فى انقضاء العدة والاستبراء خاصة ألا ترى ان الطلاق بعد الجماع فى ذوات الاقراء حرام وفى الآيسة والصغيرة

خلافا لزفر رحمه الله هو يقيسها على المدخول بها ولنا ان الرغبة فى غير المدخول بها صادقة لا تقل بالحيض ما لم يحصل مقصوده منها وفى المدخول بها تتجدد بالطهر قال (واذا كانت المرأة لا تحيض من صغر أو كبر فأراد أن يطلقها ثلاثا للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها أخرى فاذا مضى شهر طلقها أخرى) لان الشهر فى حقها قائم مقام الحيض قال الله تعالى واللائى يئسن من المحيض الى أن قال واللائى لم يحضن والاقامة فى حق الحيض خاصة حتى يقدر الاستبراء فى حقها بالشهر

المعصية وانما الزمنا لان المراعى فى تحقق اباحة الطلاق دليل الحاجة اليه وهو الاقدام على الطلاق فى زمان تجدد الرغبة وزمان تجددها هو الطهر الخالى عن الجماع لا زمان الحيض ولا الطهر الذى جومعت فيه أما زمان الحيض فلانه زمان النفرة الطبيعية والشرعية وأما الطهر الذى جومعت فيه فلان بالجماع مرة تفتر الرغبة وأما غير المدخول بها فالرغبة فيها متوفرة ما لم يذقها فطلاقها فى حال الحيض يقوم دليلا على تحقق الحاجة فجاز أن يطلقها فى حال الطهر والحيض جميعا خلافا لزفر هو يقيسها على المدخول بها بجامع انه وقت النفرة فلم يكن الطلاق فيه دليل الحاجة فلا يباح وفيما ذكرنا جوابه بالفرق وهو قوله الرغبة فى غير المدخول بها صادقة لا تقل بالحيض فان قلت هذا تعليل فى مقابلة النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم لابن عمر ما هكذا أمرك الله فالجواب ان الاشارة من قوله هكذا الى طلاقه الخاص الذى وقع منه فجاز كون تلك كانت مدخولا بها ولانه قال فى رواية فى هذا الحديث فتلك العدة التى أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء والعدة ليست الا للمدخول بها (قوله واذا كانت المرأة لا تحيض من صغر) أى بان لم تبلغ سن الحيض وهو تسع على المختار وقيل ثمان وسبع (أو كبر) بأن كانت المرأة آيسة بنت خمس وخمسين على الاظهر أو لا لهما بان بلغت بالسن ولم تر دما أصلا (فأراد أن يطلقها طلاق السنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها أخرى فاذا مضى شهر طلقها أخرى قال الله تعالى واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن) أى لم يحضن بعد فيما مضى لان لم تقلب معنى المضارع الى المضى فاقام الاشهر مقام الحيض حيث نقل من الحيض اليها وأيضا نص على ان الاشهر عدة بقوله تعالى فعدتهن ثلاثة أشهر والعدة فى ذوات الحيض ليس الا الحيض لا المجموع فلزم بالضرورة كون الاشهر بدل الحيض ورشح بالاستبراء فانه فى ذوات

قوله (وأجيب بأن الخصوص لم يثبت الى قوله بل بقوله صلى الله عليه وسلم لعمر رضى الله عنه مره فليراجعها) أقول فان الرجعة تكون فى العدة ولا عدة على غير المدخول بها قال المصنف (واذا كانت المرأة لا تحيض من صغر أو كبر) أقول قوله أو كبر يعنى بان كانت آيسة بنت خمس وخمسين على الاظهر أو لا تحيض بأن كانت حاملة قال المصنف (فأراد أن يطلقها للسنة الخ) أقول هذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وسيجئ بعد سطور بدليله الخاص (قوله والثانى ما ذكره بعض الشارحين) أقول أراد الاتقانى

ليس بحرام ولو كان الاشهر بدلا عن الاقراء في جميع الاحكام لكان محرما كما في ذوات الاقراء كذا ذكره شيخ الاسلام والجواب عن الثاني ان الشرع أقام الاشهر مقام حيض تنقضي بها العدة وهي انما تكون في ثلاثة أشهر غالبا فاقيمت الاشهر مقام الحيض التي كانت توجد فيها ولم تقم الاشهر مقام مدة الحيض حتى يكتفى بشهر واحد ولم تظهر لي فائدة هذا الاختلاف وما ذكره صاحب النهاية ان ثمرته تظهر في حق الزام الحجة فانهم لما أجمعوا على ان في الاستبراء يكتفى بالحيض لا غير من غير توقف الى الطهر والشهر قائم مقامه في حق التي لا تحيض علمنا ان الشهر قائم مقام الحيض لا غير لان الخلف

انما يعمل فيما يعمل فيه الاصل واشتراط الحيض مع الطهر في ثلاث حيض انما كان لتحقق عدد الثلاث لا لذات الطهر على ما ذكر في المبسوط ولو كان لذاته لاشترط فيما لا يشترط فيه العدد من الحيض فكانوا محجوجين عما قلنا الى هذا لفظه ليس بشئ كما ترى لان الزام الحجة على أحد المختلفين لا يكون فائدة الاختلاف اذ البديهة تشهد بان غرض الانسان من الاختلاف في مسئلة لا يكون الزام الحجة على الخصم قال (ثم ان كان الطلاق في أول الشهر) اذا كان ايقاع الطلاق في أول الشهر تعتبر الشهور القائمة مقام الحيض بالاهلة كاملة كانت أو ناقصة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق بين طلاق السنة وذلك ثلاثون يوما بالاتفاق وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة لا يحكم بانقضاء العدة الا بتمام تسعين يوما من وقت الطلاق وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة (وهي مسئلة الاجارات) على ما سيأتي ان شاء الله تعالى قال (ويجوز أن يطلقها) أي الآيسة أو الصغيرة (ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان) قال شمس الائمة الحلواني وكان شيخنا يقول هذا اذا كانت صغيرة لا يرجى منها الحيض والحبل وأما اذا كانت صغيرة يرجى منها الحيض والحبل فالافضل أن يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر ولا منافاة بينه وبين قول المصنف لان الافضلية لا تنافي الجواز

وهو بالحيض لا بالطهر ثم ان كان الطلاق في أول الشهر تعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهي مسئلة الاجارات قال (ويجوز أن يطلقها ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان)

الحيض بحيضة وجعل فيمن لا تحيض بشهر ويجوز كون الاقامة باعتباره مع لازمه من الطهر المضاف الى كل حيضة ورجح بأنه لو لم يكن كذلك اكتفى بعشرة أيام لانها أكثر الحيض المجعول عدة والحيض المجعول عدة هو الذي يفصل بينه وبين مثله طهر صحيح بحيث تكون عدتها غالبا باشهر أو فرق بين قولنا هو بدل عن حيض يتخللها اطهار وقولنا بدل عن الحيض والاطهار المتخللة فالطهر ضرورة تحققها لا من مسماه وما ألزم به من انه لو كان مقام الحيض والطهر جميعا لزم منع الطلاق في الشهر الثاني لانه في الحيض حكما مدفوع بأنه مقامه في انه عدة فقط لا في ذاته وذات الشهر طهر ولا في حكم آخر ألا ترى ان الطلاق عقيب الجماع في طهر ذوات الاقراء حرام وفي الآيسة والصغيرة لا يحرم فكذا الطلاق في الشهر الثاني وهذا الخلاف قليل الجدوى لا ثمرة له في الفروع (قوله ثم ان كان الطلاق وقع في أول الشهر) هو أن يقع في أول ليلة رؤي فيها الهلال (تعتبر الشهور بالاهلة) اتفاقا في التفريق والعدة (وان كان وقع في وسطه فبالايام في التفريق) أي في تفريق الطلقات بالاتفاق فلا تطلق الثانية في اليوم الموفي ثلاثين من الطلاق الاول بل في الحادي والثلاثين فما بعده لان كل شهر معتبر بثلاثين يوما فلو طلقها في اليوم الموفي ثلاثين كان جامعا بين طلاقين في شهر واحد (وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة) تعتبر بالايام وهو رواية عن أبي يوسف فلا تنقضي عدتها الا بمضي تسعين يوما (وعندهما يكمل الاول بالاخير والشهران المتوسطان بالاهلة) وقوله في الفتاوى الصغرى تعتبر في العدة بالايام بالاجماع يخالف نقل الخلاف (قوله وهي مسئلة الاجارات) يعني اذا استأجر ثلاثة أشهر في رأس الشهر اعتبرت بالاهلة اتفاقا ناقصة كانت أو كاملة وان استأجرها في أثناء شهر تعتبر الاشهر الثلاثة بالايام عنده وعندهما يكمل الشهر الاول بالاخير وفيما بين ذلك بالاهلة وقيل الفتوى على قولهما لانه أسهل وليس بشئ ووجهه بأن الاصل في الاشهر الاهلة فلا يعدل عنه الا لضرورة وهي مندفعة بتكميل الاول بالاخير ويمكن أن يقول ذلك في الاشهر العربية وهي المسماة بالاسماء وهو لم يستأجر مدة جماديين ورجب ثلاثة أشهر مثلا وليس يلزم من ذلك الاهلة وحينئذ فلا بد من تسعين لانه لما لم يلزم من مسمى اللفظ الاهلة صار معناه ثلاثة أشهر من هذا اليوم فلا ينقضي هذا الشهر حتى يدخل من الآخر أيام ثم يبتدأ الآخر من حين انتهى الاول فيلزم كذلك في الثلاثة (قوله ويجوز أن يطلقها) أي يطلق التي لا تحيض من صغر أو كبر

(قوله لكان محرما كما في ذوات الاقراء) أقول سواء كان مع الطهر كما قاله ذلك البعض أولا (قوله وما ذكره صاحب النهاية الى قوله ليس بشئ) أقول قوله وما ذكره مبتدأ وقوله ليس بشئ خبره (قوله ويجوز أن يطلقها أي الآيسة والصغيرة) أقول والاظهر ان

وقال زفر يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض ولان بالجماع تفتر الرغبة وانما تتجدد بزمان وهو الشهر
ولنا أنه لا يتوهم الحبل فيها والكراهية في ذوات الحيض باعتباره لان عند ذلك يشتبه وجه العدة

أو كبر (ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان) وبه قالت الائمة الثلاثة (وقال زفر يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر) وفي المحيط قال الحلواني هذا في صغيرة لا يرجى حبلها اما فيمن يرجى فالافضل له أن يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر كما قال زفر ولا يخفى ان قول زفر ليس هو أفضلية الفصل بل لزوم الفصل لان الشهر قائم مقام الحيض في التي تحيض وفيها يجب الفصل بحيضة ففي من لا تحيض يجب الفصل بما أقيم مقامه وهو الشهر ولان بالجماع تفتر الرغبة وانما تتجدد بزمان (قوله ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها) أي في التي لا تحيض من صغر أو كبر (والكراهة) أي كراهة الطلاق في الطهر الذي جامع فيه في ذوات الحيض لتوهم الحبل فيشتبه وجه العدة انها بالحيض أو بالوضع وهذا الوجه يقتضي في التي لا تحيض لا لصغر ولا كبر بل اتفق امتداد طهرها متصلا بالصغر وفي التي لم تبلغ بعد وقد وصلت الى سن البلوغ أن لا يجوز تعقيب وطئها بطلاقها لتوهم الحبل في كل منهما ولما كان ظاهرا ان يقال قد علل ثم منع الطلاق في الطهر الذي جامع فيه آنفا بفتور الرغبة فلم يقع الطلاق دليل الحاجة فغاية الامر ان الطلاق في ذلك الطهر ممنوع من وجهين لاشتباه العدة ولعدم المبيح وهو الطلاق مع عدم دليل الرغبة وفي الصغيرة والآيسة ان فقد الاول فقد وجد الثاني فيمتنع أجاب بقوله والرغبة الخ وحاصله منع عدم الرغبة مطلقا بجماع هذه بل انتفى سبب من أسبابها وهو ولا يستلزم عدمه مطلقا الا لو لم يكن من وجه آخر وقد وجد وهو كونه وطأ غير معلق فرارا عن مؤن الولد فكان الزمان زمان رغبة في الوطء وصار كزمان الحبل وعلى هذا التقرير لا معنى للسؤال القائل لما تعارضت جهة الرغبة مع جهة الفتور تساقطتا فبقي الاصل وهو حظر الطلاق وتكلف جوابه لان حاصل الوجه ان الرغبة سببين عدم الوطء مدة تتجدد الرغبة عنده آخرها عادة وكون الوطء غير معلق فعدم المدة فقط بالوطء القريب عدم أحد السببين مع قيام الآخر وذلك لا يوجب عدم الرغبة هذا ثم يمكن أن يقال ينبغي أن يقتصر في الجواب على منع عدم الرغبة ويترك جميع ما قيل من التعليل بعد توهم الحبل وادعاء ان الكراهة في ذوات الحيض باعتباره فانه تعليل بما لا أثر له لانها عقيب الطلاق متربصة على كل حال الى أن ترى الدم ثلاث مرات أو لا تراه فتستمر في العدة الى أن يظهر حملها وتضع أو يظهر انه امتد طهرها بأن لم يظهر حملها فتصبر لامر الله فهذا الحال لا يختلف بوطئها في الطهر الذي فيه الطلاق وعدم وطئها فيه فظهر ان التعليل باشتباه وجه العدة لا أثر له اذ لم يبق فرق بين اعتدادها اذا جومعت في الطهر وعدمه الا بتجويز أنها حملت أو لا وهذا لا يختلف معه الحال التي ذكرناها من اعتدادها لا يقال انه على أصل الشافعي من ان الحامل تحيض يصح التعليل به لانها بعد الانفصال من الوطء يجوز الحبل وان رأت الدم فلا يجزم بعدم رؤيته ثلاثا الا اذا مضت مدة يظهر في مثلها الحبل ولم يظهر بل وعلى أصلنا لانا لا نمنع من رؤية الحامل الدم بل نقول ان ما تراه فهو استحاضة فمع تجويز الحبل لا يتيقن بان ما رأته حيض أو استحاضة وهي حامل الى ان تذهب مدة لو كانت حاملا فيها لظهر الحبل لانا نقول هذا بعينه جار فيما لو وطئت في الطهر الذي يليه طهر الطلاق فلو اعتبر مانعا منع الوطء فيه أيضا خصوصا في آخره والحق ان كراهة الطلاق عقيب الجماع في ذات الحيض لعروض الندم بظهور

(ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها) أي في التي نحن فيها من الآيسة أو الصغيرة (والكراهية) أي كراهية الطلاق بعد الجماع (في ذوات الحيض كانت باعتبار الحبل لان عند ذلك يشتبه وجه العدة) فلا يدري ان انقضاءها يكون بوضع الحمل أو بانقضاء المدة

ما ذكره بيان حاصل المعنى والا فالضمير راجع الى من لا تحيض لصغر أو كبر قال المصنف (ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها الخ) أقول قد سبق في باب المهر انه تجب العدة في الخلوة صحيحة كانت أو فاسدة في التي لا تحيض أو لا لتوهم الشغل قال المصنف (لان عند ذلك يشتبه وجه العدة) أقول قال ابن الهمام هذا تعليل بما لا أثر له لانها عقيب الطلاق متربصة على كل حال الى أن ترى الدم ثلاث مرات أو لا تراه فتستمر في العدة الى أن يظهر حملها وتضع أو يظهر انه امتد طهرها فتصبر الى أمر الله فهذا الحال لا يختلف بوطئها في الطهر الذي فيه الطلاق وعدم وطئها اهـ وسنح هذا للخاطر القاصر

قبل النظر الى هذا المقام من الشرح ثم قال الشارح والحق ان كراهة الطلاق عقيب الجماع في ذات الحيض لعروض الندم بظهور الحبل لمكان الولد وشتات حاله وحال أمه

(قوله والرغبة وان كانت تفتر من الوجه الذى ذكر) جواب قول زفر ان الرغبة بالجماع تفتر وهو ظاهر واعترض بان جهة الرغبة والفتور لما تعارضتا تساقطتا بالمعارضة فرجعنا الى الاصل وهو ان الاصل فى الطلاق الحظر لما مر فيحرم عدم الفصل بين وطئها وطلاقها وهو فاسد لان الاصل لامدخل له فى ايجاب الفصل بين الوطء والطلاق لذاته وانما تأثيره ان لا يقع الطلاق أصلا أو لا يتكرر كما تقدم وانما المدخل فى ذلك لدليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق فى زمان تجدد الرغبة وقد سقطت جهة الرغبة بالمعارضة فينتفى الحكم الشرعى الدائر على الدليل وهو الفصل (قوله وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع) واضح وقوله (وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة) يعنى قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن قال ابن عباس أى لاطهار عدتهن ففى ذوات الاقراء فرق على الاطهار وفى حق الآيسة والصغيرة على الاشهر لانها فى حقهن كالاقراء فى حق ذوات الحيض والشهر فى حق الحامل ليس من فصول العدة لان مدة الحمل وان طالت فهو طهر واحد حقيقة وحكما ألا ترى أن انقضاء العدة لا يتعلق بها فصار كالممتد طهرها فان طهرها وان امتد شهورا فهو فصل واحد لا تفرق التطليقات فيه ولهما ان اباحة الطلاق للحاجة لما تقدم (٣٢) ان الاصل فيه الحظر وانما أبيح عند الحاجة الى الخلاص عند العجز عن التقصى عن حقوق الزوجية والشهر دليل الحاجة كما فى حق الآيسة والصغيرة وهذا أى كون الشهر دليلا فى حق الحامل كما فى حق الآيسة والصغيرة لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح ان يكون علما ودليلا على وجود الحاجة (والحكم يدار على دليلها) فاذا وجد وجد ما أبيح لاجله الطلاق فيكون مباحا وقوله (بخلاف الممتد طهرها) جواب عن قياس قول محمد بالفرق بان هناك لا يصلح الشهر أن يكون علما لان العلم على الحاجة فى حقها الطهر أى تجدده وهو موجود فيها فى كل زمان لانه يمكن أن تحيض فتطهر ولا يرجى تجدد الطهر مع الحبل لان الحامل لا تحيض

والرغبة وان كانت تفتر من الوجه الذى ذكر لكن تكثر من وجه آخر لانه يرغب فى وطء غير معلق فرارا عن مؤن الولد فكان الزمان زمان رغبة وصار كزمان الحبل (وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع) لانه لا يؤدى الى اشتباه وجه العدة وزمان الحبل زمان الرغبة فى الوطء لكونه غير معلق أو يرغب فيها لمكان ولده منها فلا تقل الرغبة بالجماع (ويطلقها للسنة ثلاثا يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد) وزفر (لا يطلقها للسنة الا واحدة) لان الاصل فى الطلاق الحظر وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة والشهر فى حق الحامل ليس من فصولها فصار كالممتد طهرها ولهما ان الاباحة بعلة الحاجة والشهر دليلها كما فى حق الآيسة والصغيرة وهذا لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح علما ودليلا بخلاف الممتد طهرها لان العلم فى حقها انما هو الطهر وهو مرجو فيها فى كل زمان ولا يرجى مع الحبل

الحبل لمكان الولد وشتات حاله وحال أمه (قوله وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع لانه لا يؤدى الى اشتباه وجه العدة) ان اعتبر حاظرا ولانه زمان الرغبة فى الوطء لكونه غير معلق لانه اتفق انها قد حبلت أحبه أو سخطه فبقى آمنا من غيره فيرغب فيه لذلك أو لمكان ولده منها لانه يتقوى به الولد فيقصد به نفعه فظهر انه لا حاجة الى قوله فيها بل الرغبة فى الوطء لكل من الامرين (قوله ويطلقها ثلاثا للسنة يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند أبى حنيفة رحمه الله وأبى يوسف رحمه الله وقال محمد وزفر رحمهما الله لا يطلقها للسنة الا واحدة) وقال بلغنا ذلك عن ابن مسعود وجابر بن عبد الله والحسن البصرى (ولان الاصل فى الطلاق الحظر وقد ورد الشرع باحلال الثلاث مفرقا على فصول العدة فى ذوات الحيض) وورد باقامة الاشهر مقام الحيض فى الصغيرة والآيسة فصح الالحاق فى تفريقها على الاشهر (والشهر فى حق الحامل ليس من فصول عدتها فصارت الحامل كالممتد طهرها) وفيها لا يفرق الطلاق على الاشهر فكذا الحامل وقول محمد رحمه الله قول الائمة الثلاثة (ولهما ان الاباحة بعلة الحاجة) وقدمنا

(قوله وانما تأثيره ان لا يقع الطلاق الخ) أقول مستعينا بالله تعالى تأثير ذلك الاصل ان لا يقع الطلاق الا حيث انها يوجد دليل الحاجة اليه فلما انتفى الدليل عقيب الوطء لم يجز الطلاق فيه فلا بد من زمان يتحقق فيه ذلك وهو الشهر والاولى أن يحمل قوله والرغبة وان كانت تفتر الخ على منع وجود الرغبة فيه فانها وان انتفت من الجهة التى ذكرها فقد وجدت من جهة أخرى فليتأمل (قوله وقد سقطت جهة الرغبة الخ) أقول اذا سقطت جهة الرغبة واباحة الطلاق كان الاقدام عليه فى زمان تجددها الا يباح الطلاق فيه وهو معنى وجوب الفصل (قوله وقوله وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة يعنى قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن قال ابن عباس أى لاطهار عدتهن ففى ذوات الاقراء فرق على الاطهار وفى حق الآيسة والصغيرة على الاشهر لانها فى حقهن كالاقراء فى حق ذوات الحيض) أقول قال ابن العميد الاتقانى والاصح عندى مذهب محمد لان الله تعالى أوجب تفريق الطلاق على فصول العدة فى قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وهنا فى مدة الحبل لا يعتبر الشهر فصلا من فصول العدة فلا يفرق الطلاق على الاشهر فلهذا يقدر استبراء الحبل بوضع الحمل لا بالشهر اهـ قال المصنف (ولهما ان الاباحة بعلة الحاجة والشهر دليلها) أقول لا يقال هذا مخالف لما مر فى الدرس السابق من ان دليلها هو الاقدام عليه فى زمان تجدد الرغبة لان الظاهر ان الاسناد مجازى

قال (واذا طلق الرجل امرأته فى حالة الحيض وقع الطلاق ويستحب له أن يراجعها) أما الوقوع فلا ن النهى عنه لمعنى فى غيره وهو ماذكرنا يعنى من قوله لان المحرم تطويل العدة فان الحيضة التى يقع فيها الطلاق لا تكون محسوبة منها فتطول العدة عليها

(واذا طلق الرجل امرأته فى حالة الحيض وقع الطلاق) لان النهى عنه لمعنى فى غيره وهو ماذكرناه فلا ينعدم مشروعيته (ويستحب له أن يراجعها) لقوله عليه السلام لعمر مر ابنك فليراجعها وقد طلقها فى حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع والحث على الرجعة ثم الاستحباب قول بعض المشايخ

أنها لا تنتفى مطلقا بالطلقة الواحدة فشرع لدفعها على وجه لا يعقب الندم والتفريق على أوقات الرغبة وهى الاطهار التى تلى الحيض ليكون كل طلاق دليل قيامها ولا دخل لكونها من فصول العدة لو كانت فصولا فكيف وفصولها ليس الا الحيض لانها العدة لا الاطهار عندنا فكونها فصلا من فصول العدة ليس جزء المؤثر بل المؤثر دليل الحاجة وشرط دلالته كونه فى زمان تجدد الرغبة والتجدد بعد الفتور لا يكون عادة الا بعد زمان وحين رأينا الشرع فرقها على الاطهار وجعل الايقاع أول كل طهر جائزا علمنا انه حكم بتجدد الرغبة عند تحقق قدر ما قبله من الزمان الى مثله من أول طهر يليه وذلك فى الغالب شهر فأدرنا الاباحة على الشهر وعلى هذا فالتفريق على الاشهر فى الآيسة والصغيرة ليس لكونها فصولا لاقامتها مقام العدة بل لما ذكرنا فالاثبات فيهما أيضا بالقياس لا بالنص ودلالته بخلاف ما قاس عليه من ممتدة الطهر لانها محل النص على تعلق جواز الايقاع بالطهر الحاصل عقيب الحيض وهو مرجو فى حقها كل لحظة ولا يرجى فى الحامل ذلك وعلى هذا التقرير سقط ما رجح به شارح قول محمد رحمه الله من أنه تعالى أوجب التفريق على فصول العدة بقوله سبحانه وتعالى فطلقوهن لعدتهن لما بيناه من الغاء كونه فصلا من فصول العدة بالنسبة الى الحكم على أنا نمنع دلالة الآية على التفريق أصلا بل على استقبال العدة بالطلاق والعدة مجموع الاقراء وانما يفيد تفريقه قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث ابن عمر رضى الله عنه المتقدم ان من السنة أن تستقبل الطهر فتطلقها لكل قرء وأريد بالقرء الطهر وقد جاء عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضوان الله عليهم فى تفسير الآية أن يطلقها طاهرة من غير جماع وهذا لان لزوم التفريق طريقه ان مفهوم طلقوهن أوجدوا طلاقهن لعدتهن فيستلزم عموم عموم طلاقهن لانه جنس مضاف وكذا عدتهن فقد أحل جميع طلاقهن وهو ثلاث بجميع عدتهن وجمعه بفم واحد حرام فكان المراد تفريقه على الاطهار أو ما يقوم مقام ما يستلزمها وهذا غير لازم لان الفعل انما يدل على المصدر النكرة فالمعنى أوجدوا طلاقا ما لعدتهن أى لاستقبالها وأيضا فلفظ فصول العدة غير مذكور فى النصوص انما سماها بذلك الفقهاء ولا يعقل من معناه سوى أنه جزء من أجزائها له نسبة خاصة اليها اتفق انه ثلثها اتفاقا وكل شهر من شهور الحامل جزء من أجزاء عدتها كذلك وان لم يتفق ان نسبته بالثلث وعلى هذا يقوى بحث شمس الائمة ان الشهر من فصول عدة الحامل غير انا لا نعلق به اباحة الايقاع من حيث هو فصل وجزء بل من حيث هو زمان يتجدد فيه الرغبة عند مسبوقيته بذلك القدر من الزمان (**قوله** واذا طلق الرجل امرأته فى حالة الحيض وقع الطلاق) خلافا لمن قدمنا النقل عنهم من الامامية ونقل أيضا عن اسمعيل بن علية من المحدثين وهذا (لان النهى عنه لمعنى فى غيره) يعنى أن النهى الثابت ضمن الامر أى قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وهو المراد بالامر فى قوله صلى الله عليه وسلم ما هكذا أمرك الله وقوله وهو ماذكرنا أى من تحريم تطويل العدة ثم هو بهذا الايقاع عاص باجماع الفقهاء (ويستحب له أن يراجعها لقوله صلى الله عليه وسلم لعمر فى حديث ابن عمر فى الصحيحين مر ابنك فليراجعها حين طلقها فى حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع) فيندفع به قول نافى الوقوع (والحث على الرجعة والاستحباب المذكور انما هو قول بعض المشايخ) وكأنه عن قول محمد

نقل صاحب النهاية عن شيخه ان المراد بالنهى ههنا هو النهى المستفاد من ضد الامر المذكور فى قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن أى لاطهار عدتهن أو الامر المذكور فى قوله عليه السلام لعمر مر ابنك فليراجعها لما انه كان مأمورا برفع الطلاق الواقع فى حال الحيض لاجل الحيض كان منهيا عن ايقاعه فى حالة الحيض وقال بعض الشارحين المراد بالنهى قوله تعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا والنهى اذا كان لمعنى فى غيره لا يمنع المشروعية كما عرف فى الاصول وأما الاستحباب فلقوله عليه السلام لعمر مر ابنك فليراجعها وقد كان طلقها فى حالة الحيض (وهذا) الحديث (يفيد الوقوع) باقتضائه (والحث على الرجعة) بعبارته قال المصنف (ثم الاستحباب قول بعض المشايخ) ووجهه ان أدنى الامر الاستحباب فيصرف اليه بقرينة ان الرجعة حق له ولا وجوب.

(قوله وهو ماذكرنا يعنى من قوله لان المحرم تطويل العدة) أقول ولعل الاولى أن يقال يعنى من كونه زمان النفرة فان المصنف علل به عدم جوازه فى زمان الحيض كما مر قبل أسطر (قوله وقال بعض الشارحين المراد بالنهى الخ) أقول يعنى تاج الشريعة (قوله بقرينة ان الرجعة حق له) أقول بل حق لله تعالى فان الرجوع عن المعصية مما أوجبه الله تعالى على عباده

على الانسان فيما هو حقه (والاصح انه واجب عملا بحقيقة الامر) فيه الامر لعمر وحقيقة الوجوب على عمر أن يأمر ابنه بذلك ولا دلالة في ذلك على الوجوب على ابنه وأجيب بان فعل النائب كفعل المنوب فصار كأن النبي صلى الله عليه وسلم

والاصح انه واجب عملا بحقيقة الامر ورفعا للمعصية بالقدر الممكن برفع أثره وهو العدة ودفعا الضرر تطويل العدة قال (فاذا طهرت وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان شاء أمسكها قال وهكذا ذكر في الاصل وذكر الطحاوي انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة الاولى قال أبو الحسن) الكرخي (ماذكره قول أبي حنيفة وما ذكر في الاصل قولهما) ووجه المذكور في الاصل ان السنة أن يفصل بين كل طلاقين بحيضة والفاصل ههنا بعض الحيضة فتكمل بالثانية ولا تتجزأ فتتكامل وجه القول الآخر ان أثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة فصار كأنه لم يطلقها في الحيض فيسن تطليقها في الطهر الذي يليه

رحمه الله في الاصل وينبغي له أن يراجعها فانه لا يستعمل في الوجوب (والاصح أنه واجب) كما ذكر المصنف (عملا بحقيقة الامر) فان حقيقته أوجد الصيغة الطالبة على وجه الحتم واعلم أن قول الشافعية ان لفظ الامر الذي مادته أمر مشترك بين الصيغة النادبة والموجبة حتى يصدق المندوب مأمور به حقيقة فعلى هذا لا يلزم الوجوب اذ لا يلزم من قوله مر أوجد الصيغة الطالبة مجردة من القرائن بل يحتمل ذلك وغيره فاذا لم يتعين يثبت كونه مطلوبا في الجملة وهو لا يستلزم الوجوب ولذا قال الشافعي رحمه الله وكذا أحمد رحمه الله بالاستحباب وأما عندنا فمسمى الامر الصيغة الموجبة كما أن الصيغة حقيقة في الوجوب فيلزم الوجوب منها وان كانت صادرة عن عمر رضي الله عنه لا النبي صلى الله عليه وسلم لانه نائب عنه فيها فهو كالمبلغ للصيغة فاشتمل قوله مر ابنك على وجوبين صريح وهو الوجوب على عمر رضي الله عنه أن يأمر وضمني وهو ما يتعلق بابنه عند توجيه الصيغة اليه والقائلون بالاستحباب ههنا انما بنوه على أن المعصية وقعت فتعذر ارتفاعها فبقي مجرد التشبيه بعدم مباشرتها والجواب أن ذلك لا يصلح صارفا للصيغة عن الوجوب لجواز ايجاب رفع أثرها وهو العدة وتطويلها اذ بقاء الامر بقاء ما هو أثره من وجه فلا تترك الحقيقة قيل عليه ما حاصله ان هذا يصلح بحثا يوجب الوجوب لكن لا يفيد أن ما ذكر القدوري من الاستحباب قول بعض المشايخ مع ان محمدا في الاصل انما قال لفظا يدل على الاستحباب ومرجع هذا الكلام الى انكار نقل الوجوب عن المشايخ صريحا بل ذلك بحث فاذا تحقق النقل اندفع وقوله والاصح كذا في عادة المصنفين نقل المرجح في المذهب لا ترجيح مذهب آخر خارج عن المذهب وتذكير ضمير أثره مع أنه للمعصية اما لتأويلها بالعصيان أو هو للطلاق في الحيض (قوله واذا طهرت وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان شاء أمسكها) هذا لفظ القدوري وهكذا ذكر في الاصل ولفظ محمد فيه فاذا طهرت في حيضة أخرى راجعها وذكر الطحاوي ان له أن يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة التي طلقها وراجعها فيها وقال الشيخ أبو الحسن الكرخي ما ذكره الطحاوي قول أبي حنيفة وما ذكره في الاصل قولهما والظاهر أن ما في الاصل قول الكل لانه موضوع لاثبات مذهب أبي حنيفة الا أن يحكي الخلاف ولم يحك خلافا فيه فلذا قال في الكافي انه ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وبه قال الشافعي في المشهور ومالك وأحمد وما ذكر الطحاوي رواية عن أبي حنيفة وهو وجه للشافعية (وجه المذكور في الاصل) وهو ظاهر المذهب لابي حنيفة من السنة ما في الصحيحين من قوله صلى الله عليه وسلم لعمر مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر فان بدا له أن يطلقها فليطلقها قبل أن يمسها فتلك العدة كما أمر الله عز وجل وفي لفظ حتى تحيض حيضة مستقبلة سوى حيضتها التي طلقها فيها ووجه ما ذكر الطحاوي رواية سالم في حديث ابن عمر مره فليراجعها ثم ليطلقها طاهرا أو حاملا رواه مسلم واصحاب

أمره بذلك فثبت الوجوب ويجوز أن يقال فليراجعها أمر لابن عمر فيجب عليه المراجعة وقوله (ورفعا للمعصية) معطوف على قوله عملا وذلك لان رفع المعصية واجب ورفعها بعد وقوعها انما هو برفع أثره أي أثر الطلاق الذي هو معصية وهو العدة ودفعا الضرر تطويل العدة برفعها بالمراجعة وقوله (قال) يعني القدوري (فاذا طهرت) يعني بعد المراجعة (وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان شاء أمسكها) قال المصنف (وهكذا ذكر في الاصل وذكر الطحاوي أنه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة) ووفق الكرخي بين الروايتين فقال ما ذكره الطحاوي قول أبي حنيفة وما ذكره في الاصل قولهما والمصنف ذكر وجه كل منهما ولم يرجع الى الحديث المروي في الباب لان كل واحدة من الروايتين مروية في الحديث روى البخاري مسندا الى نافع عن عبدالله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعمر مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسك بعد وان شاء طلق قبل أن يمس وهذا يدل على رواية الاصل و روى الترمذي في جامعه مسندا الى سالم عن ابن عمر انه عليه السلام قال لعمر مره فليراجعها ثم ليطلقها اذا طهرت وهذا يدل على رواية الطحاوي واذا تعارضت الروايتان ذهب المصنف الى بيان وجههما بالمعاني الفقهية وهو ظاهر

(قوله ومن قال لامرأته) اعلم ان من قال لمدخول بها أنت طالق ثلاثا للسنة فاما أن تكون من ذوات الاقراء أو الاشهر وكل واحد منهما على وجهين إما أن يذكر ذلك ولا نية له أو نوى شيأ فان كانت من ذوات الاقراء ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة وان نوى الثلاث الساعة أو عند رأس كل شهر واحدة فهو على مانوى سواء كانت تلك الساعة حالة الحيض أو حالة الطهر وكذا رأس كل شهر وقال زفر لا تصح نية الجمع لانه بدعة وهي ضد السنة وضد الشئ لا يراد به ولنا ان اللام فيه أي في قوله للسنة للوقت والسنة تكون تارة كاملة ايقاعا ووقوعا وتارة وقوعا فقط فكان كل منهما محتملا فاذا لم يكن له نية

كان مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل وهو السنة ايقاعا ووقوعا فيقع عند كل طهر لا جماع فيه تطليقة واذا نوى صرف لفظه الى السنة وقوعا لان وقوع الثلاث دفعة أو في حالة الحيض مذهب أهل السنة فهو سني من هذا الوجه ومن حيث انه عرف صحة وقوعه بالسنة وهو ماروى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال من طلق امرأته ألفا بانت منه بثلاث والباقي رد عليه فان قيل الوقوع لا يتحقق الا بالايقاع لانه انفعاله فاذا صح الوقوع صح الايقاع فكان سنيا وقوعا وايقاعا وليس كذلك

(ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها أنت طالق ثلاثا للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة) لان اللام فيه للوقت ووقت السنة طهر لا جماع فيه (وان نوى أن تقع الثلاث الساعة أو عند رأس كل شهر واحدة فهو على مانوى) سواء كانت في حالة الحيض أو في حالة الطهر وقال زفر لا تصح نية الجمع لانه بدعة وهي ضد السنة ولنا انه محتمل لفظه لانه سني وقوعا من حيث ان

وأصحاب السنن والاولى أولى لانها أكثر تفسيرا بالنسبة الى هذه الرواية وأقوى صحة وظهر من لفظ الحديث حيث قال يمسكها حتى تطهر ان استحباب الرجعة أو ايجابها مقيد بذلك الحيض الذي أوقع فيه وهو المفهوم من كلام الاصحاب اذا تؤمل فعلى هذا اذا لم يفعل حتى طهرت تقررت المعصية وأما الوجه من جهة المعنى فوجه الظاهر المذكور في الاصل ان السنة أن يفصل بين كل تطليقتين بحيضة والفاصل هنا بعض الحيضة فتكمل بالحيضة الثانية ولا تتجزأ أي ليس لجزئها على حدته حكم في الشرع والاولى أن يقول ولا يمكن أن يكون بعض حيضتين حيضة فوجب تكاملها اذ لا يتصور حيضة الا الثانية فلغا بعض الاولى ووجه ماذكره الطحاوي ان أثر الطلاق انعدم بالمراجعة فصار كانه لم يطلقها في هذه الحيضة فيسن تطليقها في الطهر الذي يليها وعلى هذه الرواية يتفرع ماعن أبي حنيفة انه اذا طلقها في طهر لم يجامعها فيه ثم راجعها لا يكره أن يطلقها الثانية في ذلك ولو راجعها بعد الثانية لا يكره ايقاع الثالثة وعلى هذا فرع مالو أخذ بيدها بشهوة ثم قال لها أنت طالق ثلاثا للسنة تقع الثلاث للسنة في الحال متتابعة لانه يصير مراجعا بالمس بشهوة فيكون الوقت وقت طلاق السنة فيقع الثاني وكذا الثالث وعلى ظاهر الرواية وهو قولهما لا يقع الا الاولى ثم في أول كل طهر بعد حيضة تقع أخرى فما ذكر في المنظومة ومجمع البحرين من نسبة ذلك الى أبي حنيفة انما هو على رواية الطحاوي لا على ظاهر مذهبه هذا اذا وقعت الرجعة بالقول أو بالمس أما اذا وقعت بالجماع ولم تحبل فليس له ان يطلقها أخرى في هذا الطهر بالاجماع لانه طهر جامعها فيه وان حبلت فعند أبي يوسف ليس له أن يطلقها أخرى حتى يمضي من وقت الطلاق شهر وعند أبي حنيفة ومحمد وزفر له ان يطلقها لان العدة الاولى سقطت والطلاق عقيب الجماع في الطهر انما لا يحل لاشتباه أمر العدة عليها وذلك لا يوجد اذا حبلت وظهر الحبل هذا في تخلل الرجعة فاما لو تخلل النكاح بان كان الاول بائنا فقيل لا يكره الطلاق الثاني اتفاقا وقيل في تخلل الرجعة ليس له أن يطلقها اتفاقا والاوجه انه على اختلاف الرواية عنه (قوله ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها أنت طالق ثلاثا للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة) فان نوى ذلك فأظهر ثم ان لم يكن جامعها في هذا الطهر وقعت واحدة للحال ثم عند كل طهر أخرى وان كان جامعها لم يقع شئ حتى تحيض وتطهر وعند الشافعي يقع الثلاث للحال لانه لا بدعة

(قوله فان كانت من ذوات الاقراء ولا نية له فهي طالق عند كل طهر) أقول وان نوى ذلك كان أظهر قال المصنف (لان اللام فيه للوقت ووقت السنة طهر لا جماع فيه) أقول قال ابن الهمام وجه المسئلة على ماهو التحقيق ان اللام للاختصاص فالمعنى الطلاق المختص بالسنة والسنة مطلق فينصرف الى الكامل وهو السني عددا ووقتا فوجب جعل الثلاث مفرقا على الاطهار ليقع واحدة في كل طهر وأما تعليل المصنف فلا يستلزم الجواب لان المعنى حينئذ ثلاثا لوقت السنة وهذا يوجب تقييد الطلاق باحدى جهتي سنة الطلاق وهو السني وقتا وحينئذ فمؤداه ثلاثا في وقت السنة ويصدق بوقوعها جملة في طهر بلا جماع فانه بهذا التقرير امتنع تعميم السنة في جهتيها بخلاف ماقررنا اه والك ان تقول وقت السنة للطلاق الثلاث ثلاثة اطهار لا جماع فيها وذلك مآل ماقال المصنف فليتأمل (قوله فاذا صح الوقوع صح الايقاع الخ) أقول فيه بحث

أجيب بان الوقوع لا يوصف بالحرمة لانه ليس فعل المكلف ولانه حكم شرعي وهو لا يوصف بالبدعة والايقاع يوصف بها لكونه فعل المكلف وكان الوقوع أشبه بالسنة المرضية فلهذا قال سني وقوعا (وان كانت آيسة أو من ذوات الاشهر) ولم تكن له نية (وقعت الساعة واحدة وبعد شهر أخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة) على ما بينا قبل هذا ان الشهر في حقها قائم

وقوعه بالسنة لا ايقاعا فلم يتناوله مطلق كلامه وينتظمه عند نيته (وان كانت آيسة أو من ذوات الاشهر وقعت الساعة واحدة وبعد شهر أخرى وبعد شهر أخرى) لان الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الاقراء على ما بينا (وان نوى أن يقع الثلاث الساعة وقعن عندنا خلافا لزفر لما قلنا) بخلاف ما اذا قال أنت طالق للسنة ولم ينص على الثلاث حيث لا تصح نية الجمع فيه لان نية الثلاث

عنده ولا سنة في العدد ولو كانت من ذوات الاشهر يأتي ولو كانت غير مدخول بها وقع عليها واحدة في الحال وان كانت حائضا لم يقع شئ الا أن يتزوجها مرة أخرى فتقع الثانية فان تزوجها أيضا وقعت الثالثة ووجه المسئلة على ما هو التحقيق ان اللام للاختصاص فالمعنى الطلاق المختص بالسنة والسنة مطلق فينصرف الى الكامل وهو السني عددا ووقتا فوجب جعل الثلاث مفرقا على الاطهار لتقع واحدة في كل طهر وأما تعليل المصنف بكون اللام للوقت فلا يستلزم الجواب لان المعنى حينئذ ثلاثا لوقت السنة وهذا يوجب تقييد الطلاق باحدى جهتي سنة الطلاق وهو السني وقتا وحينئذ فؤداه ثلاث في وقت السنة ويصدق بوقوعها جملة في طهر بلا جماع فانه بهذا التقرر امتنع تعميم السنة في جهتيها بخلاف ما قررنا وأما لو صرفه عن هذا بنيته فأراد الثلاث فانه يصح خلافا لزفر قال فانه بدعة ضد السنة ولا يحتمله لفظه فلا تعمل نيته فيه قلنا بل يحتمله لانه سني وقوعا أي وقوعه بالسنة فتصح ارادته وتكون اللام للتعليل أي لاجل السنة التي أوجبت وقوع الثلاث بخلاف ما لو صرح بالاوقات فقال أنت طالق ثلاثا أوقات السنة حيث لا تصح فيه نية الجمع لعدم احتمال اللفظ والنية انما تعمل مع لفظ محتمل واللام تحتمل الوقت والتعليل وهي في مثله للوقت أظهر منها التعليل فيصرف الى التعليل بالنية والى الوقت عند عدمها بخلاف لفظ أوقات وكذا اذا نوى أن يقع عند رأس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت عند رأس الشهر حائضا أو طاهرة لان رأس الشهر اما أن يكون زمان حيضها أو طهرها فعلى الثاني هو سني وقوعا وايقاعا وعلى الاول سني وقوعا فنيته الثلاث عند رأس كل شهر مع العلم بان رأس الشهر قد تكون حائضا فيه نية الاعم من السني وقوعا وايقاعا معا أو أحدهما (قوله وان كانت) أي امرأته أي التي قال لها أنت طالق ثلاثا للسنة (آيسة أو من ذوات الاشهر) التي هي فصول العدة عندهم فيتناول الحامل عند أبي حنيفة وأبي يوسف (وقعت الساعة واحدة وبعد كل شهر أخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الاقراء على ما بينا) من أن الشهر في حقها قائم مقام الحيض (قوله وان نوى أن تقع الساعة ثلاث وقعن عندنا خلافا لزفر لما قلنا) من أنه سني وقوعا فيصح منويا والقائل أن يقول ينبغي أن تقع الثلاث في الحال متتابعة لان هذه يجوز أن يطلقها عقيب جماعه فكان كل وقت في حقها وقت طلاق السنة وما وجهتم به ذلك وهو أن الرغبة مستمرة ولو عقيب الجماع يوجب توالي الثلاث في الوقوع كالموسم بالشهوة وقال أنت طالق ثلاثا للسنة على ما مر عن أبي حنيفة حيث تقع الثلاث متتالية لان وقت كل واقع منها وقت السنة وان اختلف الوجه وعلى هذا يجب أن لا ينحصر حل طلاقها ثلاثا بطلقات متفرقة في أن يفرق بين كل تطليقتين بشهر بل غايته أن يكون أولى وينعطف بهذا البحث على ما تقدم أيضا (قوله بخلاف ما اذا قال أنت طالق للسنة الخ) اذا قال أنت طالق للسنة ولم يذكر ثلاثا وقعت واحدة في

مقام الحيض (وان نوى أن يقع الثلاث الساعة وقعن عندنا خلافا لزفر لما قلنا) انه سني وقوعا واذا قال أنت طالق للسنة ولم ينص على الثلاث ان كانت طاهرا لم يجامعها وقع في الحال وان كانت حائضا أو في طهر جامعها فيه لم يقع الساعة فاذا حاضت وطهرت وقعت تطليقة لان قوله أنت طالق للسنة ايقاع تطليقة مختصة بالسنة المعرفة باللام وهي ثلاث وان نوى ثلاثا جملة قال المصنف لا تصح قيل هكذا ذكر فخر الاسلام والصدر الشهيد وصاحب المختلفات وعلاء الدين السمرقندي لان نية الثلاث ان صحت فانما تصح من حيث ان اللام فيه للوقت ووقت طلاق السنة متعدد

قال المصنف (وينتظمه عند نيته) أقول قال ابن الهمام وتكون اللام للتعليل أي لاجل السنة التي أوجبت وقوع الثلاث انتهى وعلى تقرير الشارح أكمل الدين اللام للوقت على كل حال (قوله أجيب بان الوقوع لا يوصف بالحرمة الخ)

أقول يعني ان قوله أنت طالق ثلاثا فيه جهتان البدعة والسنية فان تكلمه بهذا الكلام بقصد الحال ايقاع الثلاث جملة بدعة وحرام واتصافه بكونه ايقاعا للثلاث سني عرف بالسنة والوقوع به ليس فيه جهة الحرمة والبدعة فكان أشبه بالسنة المرضية (قوله لم يقع الساعة) أقول اذا لم ينو ذلك

فيفيد تعميم الوقت ومن ضرورة تعميم الوقت تعميم الواقع فيه لانه جعل الوقت ظرفا للواقع وقد تكرر الظرف فيتكرر المظروف فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فيبطل تعميم الواقع فيه لان بطلان المقتضى يوجب بطلان المقتضى فلا تصح نية الثلاث بخلاف ما اذا ذكر ثلاثا لان الثلاث مذكور صريحا فتصح نيته وذكر صاحب الاسرار وشمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام ان نية الثلاث صحيحة جملة كما لو ذكر ثلاثا لان التطليقة المختصة بالسنة المعرفة باللام نوعان حسن وأحسن فالاحسن أن يطلقها فى طهر لا جماع فيه والحسن أن يطلق الثلاث فى ثلاثة اطهار فاذا نوى الثلاث فقد نوى أحد نوعى التطليقة المختصة بالسنة فتصح نيته كما لو قال أنت طالق ثلاثا للسنة أو طلاقا للسنة كذا فى بعض الشروح وفيه نظر لان المدعى وقوعها جملة ودليله يدل على التفريق على الاطهار كما ترى ونقل قاضيخان فى الجامع الصغير عن الاصل انه يقع جملة كما لو ذكر ثلاثا وفيه نظر لانه يستلزم التساوى بين العبارة والاقتضاء فى العموم وهو خلاف المذهب فان المقتضى لا عموم له عندنا ولعل سببا اختيار المصنف عدم الوقوع جملة والله أعلم

انما صحت فيه من حيث ان اللام فيه للوقت فيفيد تعميم الوقت ومن ضرورته تعميم الواقع فيه فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فلا تصح نية الثلاث

الحال ان كانت فى طهر لم يجامعها فيه وان كانت قد جامعها أو حائضا لم يقع شئ حتى تطهر فتقع واحدة لان اللام فيه للاختصاص أى الطلاق المختص بالسنة ولو نوى ثلاثا متفرقا على الاطهار صح لان المعنى فى أوقات طلاق السنة ومن ضرورة وقوع الطلاق فى كل وقت منها وهى متعددة تعدد الواقع فيصح ولو نوى ثلاثا جملة اختلف فيه فذهب المصنف وفخر الاسلام والصدر الشهيد وصاحب المختلفات الى أنه لا يصح وانما يقع به واحدة فى الحال وذهب القاضى أبو زيد وشمس الائمة وشيخ الاسلام الى أنه يصح فتقع الثلاث جملة كما تقع مفرقة على الاطهار لان للسنة يحتمل معنى التعليل فيصح وقوعها كما اذا صرح بلفظ الثلاث وحققه بعضهم بان التطليقة المختصة بالسنة مستحب وهو ما عرف وبدعى وكلاهما عرفا بالسنة وان اقترن أحدهما بالنهى فايهما نواه صح فاذا نوى البدعى صح لانه محتمل كلامه ومختار المصنف أوجه لان مع نية الجملة لا تكون اللام للوقت مفيدة للعموم وما وقع الثلاث الا عن ضرورة تعميمها بالوقوع لان مجرد طالق لا تصح فيه نية الثلاث على ما سيأتى ان شاء الله تعالى فاذا انقعد تعميم الاوقات لم يبق ما يصلح لايقاع الثلاث فلا تعمل نية جملتها وقولهم المختص بالسنة مستحب وبدعى فايهما نواه صح ان أرادوا أنه اذا نوى الطلاق العام الذى هو أحد القسمين صح منعناه لان طالقا لا يراد به الثلاث أصلا بلا خلاف فى المذهب على ما سيأتى لعدم احتماله اياه فلا يراد به وان أرادوا أنه اذا نوى فردا من الطلاق البدعى أو المستحب صح فسلم ولا يفيد وقوع الكل وليس ثم موجب آخر لغرض أن اللام ليست لعموم الوقت ليس غير وأورد عليه بعض الشارحين منع أن تعميم الاوقات يستلزم تعميم الواقع للاتفاق على أنه اذا قال أنت طالق كل يوم ولا نية له لا يقع الثلاث لما سيعرف من أنها بطلاق واحد تكون طالقا كل يوم وكذا بطلاق فى وقت من أوقات السنة تصير به طالقا فى جميع أوقاتها المستقبلة وهذا غير مطابق للمتنازع فيه لان الكلام فيما اذا نوى بقوله أنت طالق للسنة تعميم أوقات السنة بالوقوع لا فيما اذا لم تكن له نية وقد ذكرنا أنه اذا لم تكن نية تقع واحدة وكذلك طالق كل يوم تقع به واحدة بلا نية ولو نوى فيه تجدد الواقع فى الايام عملت نيته فيقع الثلاث فى ثلاثة أيام نعم هذا يصلح اشكالا على صحة وقوع الثلاث مفرقا على الاطهار فى هذه المسئلة ومفرقا على الايام فى المسئلة المورد بناء على ما ذكرنا من أن طالقا لا يقبل التعميم وللسنة على ما قرر المصنف لوقتها فيفيد تعميم الوقت لكن تعميمه لا يستلزم تعميم الواقع فى العدد بل انسحاب حكم طلقة واحدة يوجب أنها طالق فى جميع أوقات السنة المستقبلة وفى

(قوله فيفيد تعميم الوقت) أقول يعنى اذا نوى ذلك (قوله وقد تكرر الظرف فيتكرر المظروف) أقول فيه ان زيدا مثلا موجود اليوم واليوم الذى قبله وهكذا فالظرف لوجوده متكرر وليس لوجوده تكرر (قوله وفيه نظر لانه يستلزم التساوى بين العبارة والاقتضاء) أقول ان شئت تمام تحقيق الكلام وتبيين المرام فراجع كتب الاصول وانظر مباحث الاقتضاء قال المصنف (ومن ضرورته تعميم الواقع فيه) أقول قال الاتقانى وانما فيه نظر لان تعميم الوقت لا يستلزم تعميم الواقع فيه ألا يرى انه لو قال لامرأته أنت طالق كل يوم ولم تكن له نية لا تقع الا طلقة واحدة عندنا خلافا لزفر مع أن الوقت عام كما ترى من لفظ العموم ولم يلزم منه عموم الواقع انتهى ولك ان تقول وزان ما ذكرته وزان قولنا زيد موجود كل يوم فيحمل على استمرار الطلاق الواحد اذا لم تكن له نية بخلاف قولنا أنت طالق للسنة فانه يفيد اختصاص الطلاق لاوقات السنة اذا أريد تعميم الوقت والطلاق المستمر لا يختص بوقت السنة بل يوجد كل وقت فلا مجال للحمل عليه بل يحمل على المتجدد فاللام فى قوله تعميم الوقت للعهد يعنى وقت السنة ومن ضرورة تعميم وقت السنة تعميم الواقع فيه فليتأمل

﴿فصل﴾ (ويقع طلاق كل زوج اذا كان عاقلا بالغا ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والنائم) لقوله عليه السلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون ولان الاهلية بالعقل المميز وهما عديما العقل والنائم عديم الاختيار

كل الايام فلم يوجب تعميم طالق في عدد الطلاق ولا يحتمله فلا يحتمل حينئذ التعميم فلا تصح نيته وسنذكر ما ذكر من وجه تصحيحه في فصل اضافة الطلاق ان شاء الله تعالى *(فروع)* ألفاظ طلاق السنة على ما روى بشر عن أبي يوسف للسنة وفي السنة وعلى السنة وطلاق سنة والعدة وطلاق عدة وطلاق العدل وطلاقا عدلا وطلاق الدين والاسلام وأحسن الطلاق واجمله أو طلاق الحق أو القرآن أو الكتاب كل هذه تحمل على أوقات السنة بلا نية لان كل ذلك لا يكون الا في المأمور به ولو قال طالق في كتاب الله أو بكتاب الله أو معه فان نوى طلاق السنة وقع في أوقاتها والا وقع في الحال لان الكتاب يدل على الوقوع للسنة والبدعة فيحتاج الى النية ولو قال على الكتاب أو به أو على قول القضاة أو الفقهاء أو طلاق القضاة أو الفقهاء فان نوى السنة دين وفي القضاء يقع في الحال لان قول القضاة والفقهاء يقتضي الامرين فاذا خصص دين ولا يسمع في القضاء لانه غير ظاهر ولو قال عدلية أو سنية وقع عند أبي يوسف للسنة ولو قال حسنة أو جميلة وقع في الحال وقال محمد في الجامع الكبير وقع في الحال في كليهما لان هذه الصفات جاز أن توصف بها المرأة فلا تجعل للطلاق حتى يتأخر فيقع في الحال واعتبر أبو يوسف الغالب وباقي هذا الفصل تشبيه الطلاق ولو قال طالق للبدعة أو طلاق البدعة ونوى الثلاث في الحال يقع لانها تحتمل كلامه وكذا الواحدة في الحيض والطهر الذي فيه جماع وان لم تكن له نية فان كان في طهر فيه جماع أو في حالة الحيض أو النفاس وقعت واحدة من ساعته وان كانت في طهر لا جماع فيه لا يقع للحال حتى تحيض أو يجامعها في ذلك الطهر

﴿فصل﴾ (قوله ولا يقع طلاق الصبي) وان كان يعقل (والمجنون والنائم) والمعتوه كالمجنون قيل هو القليل الفهم المختلط الكلام الفاسد التدبير لكن لا يضرب ولا يشتم بخلاف المجنون وقيل العاقل من يستقيم كلامه وأفعاله الا نادرا والمجنون ضده والمعتوه من يكون ذلك منه على السواء وهذا يؤدي الى ان لا يحكم بالعته على أحد والاول أولى وما قيل من يكون كل من الامرين منه غالبا معناه يكثر منه وقيل من يفعل فعل المجانين عن قصد مع ظهور الفساد والمجنون بلا قصد والعاقل خلافهما وقد يفعل فعل المجانين على ظن الصلاح أحيانا والمبرسم والمغمى عليه والمدهوش كذلك وهذا (لقوله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون) والذي في سنن الترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه المغلوب على عقله وضعفه وروى ابن أبي شيبة بسنده عن ابن عباس رضي الله عنهما لا يجوز طلاق الصبي والمجنون وروى أيضا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه انه قال كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه وعلقه البخاري أيضا عن علي رضي الله عنه والمراد بالجواز هنا النفاذ وروى البخاري أيضا عن عثمان بن عفان رضي الله عنه انه قال ليس لمجنون ولا لسكران طلاق لكن معلوم من كليات الشريعة ان التصرفات لا تنفذ الا ممن له أهلية التصرف وأدناها بالعقل والبلوغ خصوصا ما هو دائر بين الضرر والنفع خصوصا ما لا يحل الا لانتفاء مصلحة ضده القائم كالطلاق فانه يستدعي تمام العقل ليحكم به التميز في ذلك الامر ولم يكف عقل الصبي العاقل لانه لم يبلغ الاعتدال بخلاف ما هو حسن لذاته بحيث لا يقبل حسنه السقوط وهو الايمان حتى صح من الصبي العاقل ولو فرض لبعض الصبيان المراهقين عقل جيد لا يعتبر لان المدار صار البلوغ لانضباطه فتعلق به الحكم وكون البعض له ذلك لا يبني الفقه باعتباره لانه انما يتعلق بالمظان

﴿فصل﴾ لما ذكر طلاق السنة لانه الاصل وذكر ما يقابله من طلاق البدعة شرع في بيان من يقع طلاقه ومن لا يقع (ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ دون الصبي والمجنون والنائم لقوله عليه السلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون)

﴿فصل﴾ قال المصنف

والمراد بالجواز النفاذ دون الحل الذي يقابل الحرمة لان فعل الصبي والمجنون لا يوصف بالحرمة في المعاملات والنفوذ بالوقوع فمعناه كل طلاق نافذ الا طلاق الصبي والمجنون ولان أهلية التصرف بالعقل المميز ولا عقل للصبي والمجنون أما المجنون فظاهر وأما الصبي فلأن المراد به ما هو المعتدل منه والصبي وان اتصف بالعقل حتى صح اسلام الصبي العاقل لكنه ليس بمعتدل قبل البلوغ فلا يعتبر فيما فيه مضرة (والنائم عديم الاختيار) في التكلم وشرط التصرف الاختيار فيه (وطلاق المكره واقع خلافا للشافعي) هو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار) لافساده اياه واعتبار التصرف الشرعي انما هو بالاختيار (بخلاف الهازل فانه مختار) فكان شرط التصرف فيه موجودا وقيد بقوله في التكلم بالطلاق اشارة الى ان المعتبر ذلك ألا ترى ان من أراد أن يقول لامرأته اسقني فقال أنت طالق وقع وان لم يكن مختارا الحكمه لكونه مختارا في التكلم (ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال أهليته فلا يعرى عن قضيته) أي حكمه لئلا يلزم تخلف الحكم عن علته وقوله قصدا بايقاع الطلاق احتراز عن الاقرار به مكرها فانه لغو لكونه خبرا يحتمل الصدق والكذب وقيام السيف على رأسه دليل على أنه كاذب فيه والمخبر عنه اذا كان كذبا فالاخبار عنه لا يصير صدقا وقوله في حال أهليته احتراز عن الصبي والمجنون وتقرير حجته أن المكره قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال أهليته لانه عرف الشرين الهلاك والطلاق واختار أهونهما واختيار أهون الشرين آية القصد والاختيار وهو ظاهر وكل من قصد ايقاعه كذلك لا يعرى فعله عن حكمه كما في الطائع اذ العلة فيه دفع الحاجة وهو موجود في المكره لحاجته أن يتخلص عما توعد به من القتل أو الجرح وقوله الا انه غير راض بحكمه جواب عما يقال لو كان المكره مختارا لما كان له اختيار فسخ العقود التي باشرها مكرها من البيع والشراء والاجارة وغيرها وليس كذلك ووجهه انه غير راض بحكمه فكان له فسخ العقود وأما ههنا فعدم الرضا بالحكم غير مخل به كالهازل وهو الذي يقصد السبب دون الحكم فان قيل بين المكره والهازل فرق وهو يبطل القياس وذلك لان المكره له اختيار فاسد وللهازل اختيار كامل والفاسد في حكم العدم فلا يلزم من الوقوع في الهازل الوقوع في المكره أجيب بان للهازل اختيارا كاملا في السبب أما في حق الحكم وهو المقصود من السبب فلا اختيار له أصلا فكان اختيار الهازل أيضا غير كامل بالنظر الى الحكم فكانا متساويين فكان اعتبار أحدهما بالآخر جائزا

(وطلاق المكره واقع) خلافا للشافعي هو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار وبه يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل لانه مختار في التكلم بالطلاق ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال أهليته فلا يعرى عن قضيته دفعا لحاجته اعتبارا بالطائع وهذا لانه عرف الشرين واختار أهونهما وهذا آية القصد والاختيار الا انه غير راض بحكمه وذلك غير مخل به كالهازل

الكلية وبهذا يبعد ما نقل عن ابن المسيب انه اذا عقل الصبي الطلاق جاز طلاقه وعن ابن عمر رضي الله عنهما جواز طلاق الصبي ومراده العاقل ومثله عن الامام أحمد والله أعلم بصحة هذه النقول (قوله وطلاق المكره واقع) وبه قال الشعبي والنخعي والثوري (خلافا للشافعي) وبقوله قال مالك وأحمد فيما اذا كان الاكراه بغير حق لا يصح طلاقه ولا خلعه وهو مروي عن علي وابن عمر وشريح وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهم لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولان الاكراه لا يجامع الاختيار الذي به يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل لانه مختار في التكلم بالطلاق غير راض بحكمه فيقع طلاقه قلنا وكذلك المكره مختار في التكلم اختيارا كاملا في السبب الا انه غير راض بالحكم لانه عرف الشرين فاختار أهونهما عليه غير انه محمول على اختياره ذلك ولا تأثير لهذا في نفي الحكم يدل عليه حديث حذيفة وأبيه حين حلفهما المشركون فقال لهما صلى الله عليه وسلم نفي لهم بعهدهم ونستعين الله عليهم فبين ان اليمين طوعا وكرها سواء فعلم ان لا تأثير للاكراه في نفي الحكم المتعلق بمجرد اللفظ عن اختيار بخلاف البيع لان حكمه يتعلق باللفظ وما يقوم مقامه مع الرضا وهو منتف بالاكراه وحديث رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه من باب المقتضى ولا عموم له ولا يجوز تقدير الحكم الذي يعم أحكام الدنيا وأحكام الآخرة بل اما حكم الدنيا واما حكم الآخرة والاجماع على ان حكم الآخرة وهو المؤاخذة مراد فلا يراد الآخر معه والا عم وروى محمد باسناده عن صفوان بن عمر والطائي ان امرأة كانت تبغض زوجها فوجدته نائما فأخذت شفرة وجلست على صدره ثم حركته وقالت لتطلقني ثلاثا والا ذبحتك فناشدها الله فأبت فطلقها ثلاثا ثم جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم لا قيلولة في الطلاق وروى أيضا عن عمر رضي الله عنه انه قال

(ولنا انه قصد ايقاع الطلاق) أقول أي قصد التكلم بما هو موضوع لايقاع الطلاق كذا قيل وفيه بحث (قوله والمراد بالجواز النفاذ دون الحل الذي يقابل الحرمة الخ) أقول وأيضا لو أريد ذلك لكان الطلاق البدعي حلالا وليس كذلك (قوله والمخبر عنه اذا كان كذبا) أقول أي غير واقع (قوله لا يصير صدقا) أقول أي واقعا (قوله اذ العلة فيه) أقول أي في الطلاق (قوله فكانا متساويين) أقول أي من تلك الجهة

(وطلاق السكران واقع واختيار الكرخي والطحاوي عدمه) والوجه من الجانبين على ماذكر في الكتاب واضح خلا ان في كلامه تسامحا لانه جعل العقل زائلا بالسكر وليس كذلك عندنا لانه مخاطب ولا خطاب بلا عقل بل هو مغلوب ولما كان المغلوب كالمعدوم وأطلق الزوال مجاراة للخصم لم يضره ذلك واعترض بوجهين أحدهما ان شرب المسكر كسفر المعصية فما بال السفر صار سببا للتخفيف دون شرب المسكر والثاني انه لما جعل العقل باقيا في الطلاق حكما زجرا له كانت الردة والاقرار بالحدود الخالصة أولى لان الزجر والعقوبة هنالك أتم وأجيب عن الاول بان الشرب نفسه معصية ليس فيه امكان انفصال ولا جهة اباحة تصلح لاضافة التخفيف اليها فجعل باقيا زجرا بخلاف سفر المعصية فان نفس السفر ليس بمعصية وأمكن انفصالها عنه ابتداء وانتهاء فكانت جهة اباحته تصلح لاضافة التخفيف والترخص اليها وعن الثاني بان الركن في الردة الاعتقاد والسكران غير معتقد لما يقول فلا يحكم بردته لانعدام ركنها لا للتخفيف عليه بعد تقرر السبب وأما الاقرار بالحدود فان السكران لا يكاد يثبت على شيء فيجعل راجعا عما أقر به فيؤثر فيما يحتمل الرجوع وفي قوله بسبب هو معصية اشارة الى شيئين أحدهما الفرق بين الشرب وسفر المعصية كما ذكرنا والثاني ان هذا الحكم مرتب على سكر يكون محظورا وأما غيره فهو ان يكون من مباح كالبنج ولبن الرماك والخمر اذا أكره على شربها بالقتل فهو كالاغماء في حق منع وقوع الطلاق والعتاق وأكد ذلك بقوله (حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه) لانه لم يكن زواله بمعصية واعترض بان الصداع أثر الشرب فكان علة العلة والحكم يضاف اليها كما يضاف الى العلة فما باله لم يكن كذلك وأجيب بأن الاضافة الى علة العلة انما في

(وطلاق السكران واقع) واختيار الكرخي والطحاوي انه لا يقع وهو أحد قول الشافعي لان صحة القصد بالعقل وهو زائل العقل فصار كزواله بالبنج والدواء ولنا انه زال بسبب هو معصية فجعل باقيا حكما زجرا له حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه

أربع مبهمات مقفلات ليس فيهن ردّ النكاح والطلاق والعتاق والصدقة وأما الوجه القائل ان الاكراه لا يزيل الخطاب فيما أكره فيه حتى يباح مرة ويفترض ويحرم أخرى فليس الكلام في حل الاقدام وحرمته بل في ترتب حكم ما حل أو وجب الاقدام عليه اذا كان تلفظا ولا يلزم من حل التلفظ دفعا للضرر عن نفسه ترتب حكمه اذا كان مما يضره فالوجه ما تقدم وجميع ما يثبت مع الاكراه أحكامه عشرة تصرفات النكاح والطلاق والرجعة والايلاء والفيء والظهار والعتاق والعفو عن القصاص واليمين والنذر وجمعتها ليسهل حفظها في قولي

يصح مع الاكراه عتق ورجعة * نكاح وايلاء طلاق مفارق
وفيء ظهار واليمين ونذره * وعفو لقتل شاب عنه مفارق

وهذا في الاكراه على غير الاسلام والا فبالاكراه على الاسلام تتم أحد عشر لان الاسلام يصح معه وكذا اعتاقه وخلعه (قوله وطلاق السكران واقع) وهو من لا يعرف الرجل من المرأة ولا السماء من الارض ولو كان معه من العقل ما يقوم به التكليف فهو كالصاحي وما في بعض نسخ المختصر من قوله يقع الطلاق اذا قال نويت به الطلاق يعني المكره والسكران فليس مذهبا لاصحابنا لانه اذا قال نويت به أو ذكر كناية من الكنايات مثل أنت حرة فيجب ان يصدق فيقع بالاجماع وفي شرح بكر السكر الذي يصح به التصرفات ان يصير بحال بحيث يحسن ما يستقبحه الناس أو يستقبح ما يستحسنه الناس لكنه يعرف الرجل من المرأة وفي المسئلة خلاف عال بين التابعين ومن بعدهم فقال بوقوعه من التابعين سعيد بن المسيب وعطاء والحسن البصري وابراهيم النخعي وابن سيرين ومجاهد وبه قال مالك والثوري والاوزاعي والشافعي في الاصح وأحمد في رواية وقال بعدم وقوعه القاسم بن محمد وطاوس وربيعة بن عبد الرحمن والليث واسحق بن راهويه وأبو ثور وزفر وقد ذكرناه عن عثمان رضي الله عنه وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما وهو مختار الكرخي والطحاوي ومحمد بن سلمة من مشايخنا ووجهه ان أقل ما يصح التصرف معه وان كان حكمه مما يتعلق بمجرد لفظه القصد الصحيح أو مظنته وليس له ذلك وهو أسوأ حالا من النائم لانه إذا أوقظ يستيقظ بخلاف السكران وصار كزواله بالبنج والدواء والافيون وكون زوال عقله بسبب هو معصية لا أثر له والا صحت ردته ولا تصح قلنا لما خاطبه الشرع في حال سكره بالامر والنهي بحكم فرعي عرفنا انه اعتبره كقائم العقل تشديدا عليه

(قوله ليس فيه امكان انفصال) أقول يعني نظرا الى نفسه وان كان الانفصال نظرا الى الاكراه وحالة الاضطرار لا يضر ذلك بخلاف السفر فانه نظرا الى نفسه ليس بمعصية بل كونه معصية انما هو بالنظر الى الغير (قوله واما الاقرار بالحدود فان السكران لا يكاد يثبت على شيء فيجعل راجعا عما أقر به الخ) أقول اذا جعل مع زوال عقله غير زائل العقل زجرا فلم يجعل مع عدم رجوعه راجعا فان ذلك ليس بمناسب للزجر

فى الاحكام الفرعية وعقلنا ان ذلك يناسب كونه تسبب فى زوال عقله بسبب محظور وهو مختار فيه فادرنا عليه واعتبرنا أقواله وعلى هذا اتفق فتاوى مشايخ المذهبين من الشافعية والحنفية بوقوع طلاق من غاب عقله بأكل الحشيش وهو المسمى بورق القنب لفتواهم بحرمته بعد ان اختلفوا فيها فأفتى المزنى بحرمتها وافتى أسد بن عمرو بحلها لان المتقدمين لم يتكلموا فيها بشئ لعدم ظهور شأنها فيهم فلما ظهر من أمرها من الفساد كثيرا وفشا عاد مشايخ المذهبين الى تحريمها وافتوا بوقوع الطلاق ممن زال عقله بها وهذا الوجه من الجانبين يفيد ان الخلاف فى صحة تصرفات السكران بالمعنى الاول وهو من لا عقل له يميز به الرجل من المرأة الى آخره وبه يبطل قول من ادعى ان الخلاف انما هو فيه بمعنى عكس الاستحسان والاستقباح مع تمييزه الرجل من المرأة والعجب ماصرح به فى بعض العبارات من ان معه من العقل مايقوم به التكليف اذ لاشك ان على هذا التقدير لا يتجه لاحد ان يقول لا يصح تصرفاته اما ذلك الخطاب فقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لاتقربوا الصلاة وأنتم سكارى لانه ان كان خطابا له حال سكره فنص وان كان قبل سكره يستلزم ان يكون مخاطبا فى حال سكره اذ لا يقال اذا جننت فلا تفعل كذا وبدلالات النصوص والاجماع فانه لما ألحق بالصاحى فيما لا يثبت مع الشبهة وهو الحدود والقصاص حتى حد وقتل اذا قذف وقتل فلأن يلحق به فيما يثبت مع الشبهة كالطلاق والعتاق أولى وانما لم يعتبر اقراره بما يوجب الحد لان حاله وهو كونه لا يثبت على شئ يوجبه راجعا عما أقر به عقيبه وعدم صحة ردته لان صريح النص ما اعتبر عقله باقيا الا فيما هو من فروع الدين فلو أثبتناه فى أصل الدين كان بالقياس ولا يلزم من التشديد عليه فيما لا يوجب الاكفار التشديد فيما يوجبه ولان الاكفار والحالة هذه انما يكون احتياطا ولا يحتاط فى الاكفار بل يحتاط فى عدمه ولان ركنها الاعتقاد وهو منتف لا يقال يلزم عدم اكفار الهازل لانه أيضا لا يعتقد ماقاله من الكفر هزلا والواقع اكفاره لانا نقول اكفاره بالاستخفاف بالدين والاستخفاف بالدين كفر وهو منتف فى السكران لان زائل العقل لا يوصف بأنه مستخف بشئ وفى جمل الفقه لان ابقاء عقله للزجر والحاجة الى الزجر فيما يغلب وجوده والردة لا يغلب وجودها ولان جهة زوال العقل تقتضى بقاء الاسلام وجهة بقائه زواله فترجح جهة البقاء لان الاسلام يعلو ولا يعلى وعدم الوقوع بالبنج والافيون لعدم المعصية فانه يكون للتداوى غالبا فلا يكون زوال العقل بسبب هو معصية حتى لو لم يكن للتداوى بل للهو وادخال الآفة قصدا ينبغى أن نقول يقع فان عبد العزيز الترمذى قال سألت أبا حنيفة وسفيان عن رجل شرب البنج فارتفع الى رأسه فطلق امرأته قالا ان كان حين شرب يعلم انه ماهو تطلق امرأته وان لم يعلم لم تطلق ومعلوم ان الضرورة مبيحة فكان محمل هذا ماقلنا وعن ذلك قلنا اذا شرب الخمر فصدع فزال عقله بالصداع فطلق لا يقع والحكم لا يضاف الى علة العلة كالشرب الا عند عدم صلاحية العلة أعنى الصداع للقطع بأن أثرها لا يصل الى المعلول الاخير ولو تنزلنا فالشرب ليس موضوعا للصداع بل يثبت الصداع اتفاقا عند استعداد الطبيعة له فى ذلك الوقت فصار الشرب الذى وجد عنه الصداع الذى عنه زوال العقل كسفر المعصية لما لم يكن موضوعا للمعصية لم يوجب التشديد بل منع الترخص فلم يضف زوال العقل اليه ليثبت التشديد بخلاف الشرب الذى لم يحدث عنه صداع مزيل للعقل بل زال به حيث تعلق به التشديد لاضافة زوال العقل اليه وهو المعصية وعلى هذا لو شربها مكرها أولاساغة لقمة ثم سكر لا يقع عند الائمة الثلاثة وبه قال بعض مشايخنا وفخر الاسلام وكثير منهم على انه يقع لان عقله زال عند كمال التلذذ وعند ذلك لم يبق مكرها والاول أحسن لان موجب الوقوع عند زوال العقل ليس الا التسبب فى زواله بسبب محظور وهو منتف والحاصل ان السكر بسبب مباح كمن أكره على شرب الخمر والاشربة الاربعة المحرمة أو اضطر لا يقع طلاقه وعتاقه ومن سكر منها مختارا اعتبرت عباراته وأما

تكون اذا لم تكن العلة صالحة للاضافة وههنا صالحة لذلك لان زوال العقل مما يؤثر فى عدم الوقوع كما اذا جن

وقوله (وطلاق الاخرس واقع) ظاهر وقوله (وطلاق الامة ثنتان) أنث الطلاق باعتبار التطليقة وكلامه ظاهر ووجه الاستدلال له بقوله عليه السلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء انه عليه السلام قابل الطلاق بالعدة على وجه يختص كل واحد منهما بجنس على حدة ثم اعتبار العدة بالنساء من حيث القدر فيجب أن يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث القدر تحقيقا للمقابلة ولان صفة المالكية كرامة وكل ما هو كرامة مستدعية لها لكونه مكرما بتكريم الله قال الله تعالى ولقد كرمنا بني آدم الآية ومعنى الآدمية في الحر أكمل اذ لا حيته لما لا يصلح له العبد من الولاية والشهادة ونخلوصه عن معنى المالية التي تجعل المملوك في قرن البهائم ملزوزا (فكانت مالكيته أبلغ) فان قلت الدليل

أخص من المدعى لان المدعى لان الطلاق بالزوج حرا كان أو عبدا والدليل يدل على ان الزوج اذا كان حرا كان ما لكافات اذا ثبت ذلك للحر ثبت للعبد لعدم القائل بالفصل ومذهبه قول عمر وزيد بن ثابت (ولنا قوله عليه السلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان) ووجه الاستدلال أنه عليه السلام ذكر الامة بلام التعريف ولم يكن ثم معهود فكان للجنس وهو يقتضي أن يكون طلاق هذا الجنس ثنتين فلو كان اعتبار الطلاق بالرجال لكان لبعض الاماء ثنتان فلم تبق اللام للجنس فان قيل يجوز أن يكون المراد بها الامة تحت عبد عملا بالحديثين أجيب بأنه يفضي الى أن يكون الهاء في وعدتها عائدة اليها فيكون تخصيصا لها لكون عدتها حيضتين اذ لا مرجع للضمير سواها وليس كذلك فان عدة الامة حيضتان سواء كانت تحت حر أو عبد بالاتفاق وفيه نظر لجواز أن يكون من باب الاستخدام يكون المراد بالامة الامة تحت عبد والضمير عائد الى مطلق الامة والجواب ان ذلك خطابة لا تجدي في مقام الاستدلال حيث

(وطلاق الاخرس واقع بالاشارة) لانها صارت معهودة فأقيمت مقام العبارة دفعا للحاجة وستأتيك وجوهه في آخر الكتاب ان شاء الله تعالى (وطلاق الامة ثنتان حرا كان زوجها أو عبدا وطلاق الحرة ثلاث حرا كان زوجها أو عبدا) وقال الشافعي عدد الطلاق معتبر بحال الرجال لقوله عليه السلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ولان صفة المالكية كرامة والآدمية مستدعية لها ومعنى الآدمية في الحر أكمل فكانت مالكيته أبلغ وأكثر ولنا قوله عليه السلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان

من شرب من الاشربة المتخذة من الحبوب والعسل فسكر وطلق لا يقع عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد ويفتى بقول محمد لان السكر من كل شراب محرم (قوله وطلاق الاخرس واقع بالاشارة لانها صارت مفهومة فكانت كالعبارة) في الدلالة استحسانا فيصح بها نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه سواء قدر على الكتابة أولا وهذا استحسان بالضرورة فانه لو لم يعتبر منه ذلك أدى الى موته جوعا وعطشا وعريا ثم رأينا أن الشرع اعتبرها منه في العبادات ألا ترى انه اذا حرك لسانه بالقراءة والتكبير كان صحيحا معتبرا فكذا في المعاملات وقال بعض الشافعية ان كان يحسن الكتابة لا يقع طلاقه بالاشارة لاندفاع الضرورة بما هو أدل على المراد من الاشارة وهو قول حسن وبه قال بعض مشايخنا ولا يخفى ان المراد من الاشارة التي يقع بها طلاقه الاشارة المقرونة بتصويت منه لان العادة منه ذلك فكانت الاشارة بيانا لما أجمله الاخرس ويتصل بما ذكرنا كتابة الطلاق والاخرس فيها كالصحيح فاذا طلق الاخرس امرأته بالكتابة وهو يكتب جاز عليه من ذلك ما يجوز على الصحيح لانه عاجز عن الكلام قادر على الكتاب فهو والصحيح في الكتاب سواء وسنفصله ان شاء الله تعالى موصولا بكنايات الطلاق (قوله وطلاق الامة ثنتان حرا كان زوجها أو عبدا وطلاق الحرة ثلاث حرا كان زوجها أو عبدا وقال الشافعي عدد الطلاق معتبر بالرجال والعدة بالنساء) فان كان الزوج عبدا وهي حرة حرمت عليه بتطليقتين وان كان حرا وهي أمة لا تحرم عليه الا بثلاث ونقل أن الشافعي لما قال عيسى بن أبان له أيها الفقيه اذا ملك الحر على امرأته الامة ثلاثا كيف يطلقها للسنة قال يوقع عليها واحدة فاذا حاضت وطهرت أوقع أخرى فلما أراد أن يقول فاذا حاضت وطهرت قال له حسبك قد انقضت عدتها فلما تحير رجع فقال ليس في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة وبقول الشافعي قال مالك وأحمد وهو قول عمر وعثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وبقولنا قال الثوري وهو مذهب علي وابن مسعود رضي الله عنهما له ما روى عنه صلى الله عليه وسلم الطلاق بالرجال والعدة بالنساء قابل بينهما واعتبار العدة بالنساء من

(قوله فان قلت الدليل أخص من المدعى لان المدعى ان الطلاق بالزوج حرا كان او عبدا والدليل يدل على ان الزوج اذا كان حرا كان مالكا الخ) أقول فيه ان حال العبد علم من قوله ومعنى الآدمية في الحر أكمل فكان مالكيته أبلغ وأكثر فان الافعل يقتضي التشريك في أصل الفعل (قوله لكان لبعض الاماء) أقول يعني لا يكون لكل الاماء (قوله أجيب بانه يفضي الى قوله فيكون تخصيصا لها الخ) أقول مفهوم المخالفة غير معتبر عندنا مطلقا وعند الشافعية أيضا اذا كان في مقابلة المنطوق وهنا كذلك وهو قوله صلى الله عليه وسلم العدة بالنساء (قوله والجواب ان ذلك خطابة) أقول أي ما ذكره الخصم في وجه الاستدلال من انه يجب أن يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث القدر تحقيقا للمقابلة

ولان حل المحلية نعمة في حقها والرق أثر في تنصيف النعم الا أن العقدة لا تتجزأ فتكاملت عقدتان وتأويل ماروى ان الايقاع بالرجال (واذا تزوج العبد امرأة) باذن مولاه وطلقها (وقع طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته) لان ملك النكاح حق العبد فيكون الاسقاط اليه دون المولى

حيث العدد فكذا ماقوبل به تحقيقا للمقابلة فانه حينئذ أنسب من أن يراد به الايقاع بالرجال ولانه معلوم من قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وفي موطا مالك أن نفيعا مكاتبا كان لام سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أو عبدا لها كان تحته امرأة حرة فطلقها اثنتين ثم أراد أن يراجعها فأمره أزواج النبي صلى الله عليه وسلم أن يأتي عثمان فيسأله عن ذلك فلقيه عند الدرج آخذا بيد زيد بن ثابت فسألهما فابتدراه جميعا فقالا حرمت عليك حرمت عليك (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان) رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه والدارقطني عن عائشة ترفعه وهو الراجح الثابت بخلاف ماروا وما مهد من معنى المقابلة لانه فرع صحة الحديث أو حسنه ولا وجد له حديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بطريق يعرف وقال الحافظ أبو الفرج بن الجوزي موقوف على ابن عباس وقيل من كلام زيد بن ثابت وحديث الموطا موقوف عليه وعلى عثمان وهو لا يرى تقليد الصحابي والالزام انما يكون بعد الاستدلال لان حقيقته نقض مذهب الخصم بما لا يعتقده الملزم صحيحا ولا يكون نقض مذهب خصمه فقط يوجب صحة مذهب نفسه الا بطريق عدم القائل بالفصل وهذا لا يكون الا اذا كان مانقض به مما يعتقده صحيحا وهو منتف عنده في مذهب الصحابي فهو في مذهبه وفي معتقده غير منقوض فلم يثبت لمذهبه دليل يقاوم مارويناه فان قلت قد ضعف أيضا مارويتم بأنه من رواية مظاهر ولم يعرف له سوى هذا الحديث قلنا أولا تضعيف بعضهم ليس كعدمه بالكلية كما هو فيما رويتم وثانيا بأن ذلك التضعيف ضعيف فان ابن عدي أخرج له حديثا آخر عن المقبري عن أبي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم أنه كان يقرأ عشر آيات في كل ليلة من آخر آل عمران وكذا رواه الطبراني ثم منهم من ضعفه عن أبي عاصم النبيل فقط ومنهم من نقل عن ابن معين وأبي حاتم والبخاري تضعيفه لكن قد وثقه ابن حبان وأخرج الحاكم حديثه هذا عنه عن القاسم عن ابن عباس قال ومظاهر شيخ من أهل البصرة ولم يذكره أحد من متقدمي مشايخنا بجرح فاذن ان لم يكن الحديث صحيحا كان حسنا ومما يصحح الحديث أيضا عمل العلماء على وفقه وقال الترمذي عقيب روايته حديث غريب والعمل عليه عند أهل العلم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرهم وفي الدارقطني قال القاسم وسالم عمل به المسلمون وقال مالك شهرة الحديث بالمدينة تغني عن صحة سنده انتهى والله أعلم (قوله ولان حل المحلية نعمة) تزيد بزيادته ولذا اتسع حله صلى الله عليه وسلم عند زيادة فضله (والرق أثر في تنصيف النعمة) في الشرع كما عرف (الا أن العقدة لا تتجزأ فتكاملت عقدتان) يعني يلزم لتنصيف النعمة أن يتزوجها مرة ونصفا ويثبت طلاقه اياها لكن العقدة لا تتجزأ فكملت كالطلقة والحيضة في حقها ثم لو تم أمر ماروا كان المراد به ان قيام الطلاق بالرجال لانه لو كان احتمالا للفظ مساويا بالتأبد عارويناه فكيف وهو المتبادر الى الفهم من ذلك اللفظ كما هو في قولهم الملك بالرجال (قوله واذا تزوج العبد امرأة وقع عليها طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لان ملك النكاح يثبت للعبد) لان ملكه من خصائص الآدمية وهو فيها مبقى على أصل الحرية الا أنه يحتاج في ابتداء تملكه اياه الى اذن المولى لانه لم يشرع بلا مال في حق الابتداء والبقاء في حق النفقة وتعلق الدين بالعبد يقع متعلقا برقبته بحيث تؤخذ هي فيه وفي ذلك ضرر بالمولى فيتوقف على رضاه به والتزامه اياه فاذا التزمه حتى ثبت له الملك كان اليه دفعه لا الى غيره وفي سنن ابن ماجه من طريق ابن لهيعة عن ابن عباس رضي الله عنهما جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم رجل فقال

(ولان حل المحلية) أي حل أن تكون المرأة محل النكاح نعمة في حق المرأة لانها تتوصل بذلك الى درور النفقة والكسوة والسكنى والازدواج وتحصين الفرج وغيرها وما هو نعمة في حقها يتنصف بالرق فان للرق أثرا في تنصيف النعم في الرجال فان العبد لا يملك من التزوج مافوق الاثنتين فكذا في حق النساء فانها لا تتزوج مع الحرة ولا بعدها وكان ذلك يقتضي أن لا يملك الزوج عليها الا عقدة ونصفا أي طلقة ونصف طلقة تنقيصا للحل المحلية (الا أن العقدة لا تتجزأ فتكاملت عقدتان) ومذهبنا قول علي وابن مسعود وقوله (وتأويل ماروى) يعني قوله الطلاق بالرجال ان الايقاع بالرجال فان قيل هذا معلوم فلا يحتاج الى ذكره خاصة أجيب بل كان الى ذكره حاجة لان المرأة في الجاهلية اذا كرهت الزوج غيرت البيت وكان ذلك طلاقا فأمنها فرفع ذلك بقوله الطلاق بالرجال (واذا تزوج العبد امرأة وطلقها وقع الطلاق ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لان ملك النكاح حق العبد) لكونه من خواص الآدمية والعبد مبقى فيها على أصل الحرية فكان يجب أن يملك النكاح بدون اذن مولاه لكن لو فاتما به تضرر المولى فيه فتركناه لاجله

﴿ باب ايقاع الطلاق ﴾

(الطلاق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله أنت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع به الطلاق الرجعي) لان هذه الالفاظ تستعمل في الطلاق ولا تستعمل في غيره فكان صريحا وانه يعقب الرجعة

يارسول الله سيدي زوجني أمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها فصعد النبي صلى الله عليه وسلم المنبر فقال يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده من أمته ثم يريد أن يفرق بينهما انما الطلاق لمن أخذ بالساق ورواه الدارقطني أيضا من غيرها والله أعلم ﴿فرع﴾ الوكيل بالطلاق اذا لم يكن عبالا لا ينعزل بطلاق الموكل سواء طلقها الموكل بائنا أو رجعيا فللوكيل أن يطلقها بعد ذلك ما دامت في العدة واذا انقضت عدتها ينعزل حتى لو تزوجها الموكل بعد العدة لا يقع طلاق الوكيل عليها بخلاف ما لو تزوجها قبل انقضاء العدة فيما اذا كان الطلاق بائنا فانه لو طلقها الوكيل وقع عليها والله أعلم بالصواب

﴿ باب ايقاع الطلاق ﴾

ما تقدم كان ذكر الطلاق نفسه وأقسامه الاولية السني والبدعي واعطاء لبعض أحكام تلك الكليات وهذا الباب لبيان أحكام جزئيات لتلك الكليات فان المورد فيه خصوص ألفاظ كأنت طالق ومطلقة وطلاق لاعطاء أحكامها هكذا أو مضافة الى بعض المرأة واعطاء حكم الكلي وتصويره قبل الجزئي منزل منزلة تفصيل بعقب اجمال فظهر ان المراد بباب بيان أحكام ما به الايقاع والوقوع لانه أراد المعنى المصدري الذي لا تحقق له خارجا (قوله فالصريح قوله أنت طالق الخ) ظاهر الحمل يفيد ان لا صريح سوى ذلك وليس بمراد فسيذكر منه التطليق بالمصدر ولفظ الكنز كانت طالق ومطلقة وطلقتك أحسن لاشعار الكاف بعدم الحصر وعلى هذا الايضح ضبط الصريح بانه ما اجتمع فيه ط ل ق بصيغة التفعيل لا الافعال الا أن يقال الوقوع بالمصدر لتأوله بطالق (قوله فكان صريحا) فان ما غلب استعماله في معنى بحيث يتبادر حقيقة أو مجازا صريح فان لم يستعمل في غيره فأولى بالصراحة فلذا رتب الصراحة في هذه الالفاظ بقوله فكان صريحا على الاستعمال في معنى الطلاق دون غيره الا أن في قوله في تعليل عدم افتقارها الى النية لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال تدافعا لان الموصوف بالغلبة هنا هو ما وصفه بعدم الاستعمال في غيره والغلبة في مفهومها الاستعمال في الغير قليلا للتقابل بين الغلبة والاختصاص وزاد الشافعية في الصريح لفظي التسريح والفراق لورودهما في القرآن للطلاق كثيرا قلنا المعتبر تعارفهما في العرف العام في الطلاق لا استعمالهما شرعا مرادا هو بهما (قوله وانه يعقب الرجعة ذكر للصريح حكمين كونه يعقب الرجعة وعدم احتياجه الى نية) أما الاول فقيد بما اذا لم يعرض عارض تسميته مال أو ذكر وصف على ما سيأتي وقد يقال الصريح هو المقتصر عليه من ذلك فلا حاجة الى القيد واستدل عليه بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن بعد صريح طلاقهن المفاد بقوله تعالى والمطلقات يتربصن فعلم أن الصريح يستعقبها للاجماع على أن المراد بالبعولة في الآية المطلقون صريحا حقيقة كان أو مجازا غير متوقف على اثبات كون المطلق رجعيا

﴿ باب ايقاع الطلاق ﴾

لما فرغ من بيان أصل الطلاق ووصفه شرع في بيان تنويعه فقال (الطلاق) أي التطليق (على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله أنت طالق ومطلقة وطلقتك يقع بها طلاق رجعي) لكون هذه الالفاظ صريحة والصريح يعقب الرجعة بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن وهو يشير بتسميته بعلا الى أن الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية ورد بأنه قال أحق بردهن والرد انما يستعمل فيما زال عنه ملكه وأجيب بان البعل في اللغة اسم للزوج حقيقة وهي لا تترك الا بدليل

﴿ باب ايقاع الطلاق ﴾

قال المصنف (ولا تستعمل في غيره) اقول أي غالبا بقرينة قوله لغلبة الاستعمال فيندفع التدافع بين كلاميه

بالنص (ولا يفتقر الى النية) لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال وكذا اذا نوى الابانة

بعلا حقيقة فلا حاجة الى اثباته فى ذلك وأما قولهم سماه بعلا فعلم ان الطلاق الرجعى لا يبطل الزوجية ثم ارادان حقيقة الرد يدل على زوال الملك فلا يكون زوجا الا مجازا وجعله حقيقة يتوقف على التجوز بلفظ الرد وليس هو بأولى من قلبه ثم الجواب عنه بمنع تصور كون الرد حقيقة بعد زوال الملك بل قد يقال أيضا بعد انعقاد سبب زواله معلقا بمتعلق الملك على معنى منع السبب من تأثير زوال الملك عنه كقولنا رد البائع المبيع فى البيع الذى فيه خيار شرط للبائع فان معناه رد المبيع عن أن يخرج عن ملكه عند مضى المدة بفسخ السبب فى الحال وذلك لانه لم يخرج عن ملكه كما يقال متعلقا به بعد تأثير السبب كما فى رد المشترى المبيع بالعيب يعنى الى قديم الملك الزائل فانما يحتاج اليه لاثبات بحث آخر على ان كونه فى الاول حقيقة مما يمنعه الخصم ويدل عليه أيضا قوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان فانه أعقبه الرجعة التى هى المراد بالامساك وهو الانسب بقول المصنف وانه يعقب الرجعة بالنص وذلك لان الامساك استدامة القائم لا اعادة الزائل فدل على ابقاء النكاح بعد الرجعى وهو المطلوب الآخر وأما الثانى وهو كونه لا يفتقر الى النية فنقل فيه اجماع الفقهاء الا داود فانه لا يمنع ان يراد به الطلاق من غير قيد النكاح قلنا هذا احتمال يعزب اخطاره عند خطاب المرأة به عن النفس فلا عبرة به فصار اللفظ بمنزلة المعنى وحديث ابن عمر حيث أمره بالمراجعة ولم يسأله أنوى ام لا يدل على ذلك فان ترك الاستفصال فى وقائع الاحوال كالعموم فى المقال ولا يخفى ان قرائن ارادة الايقاع قائمة فيما فعل ابن عمر من الاعتزال والترك لها حتى فهم ذلك منه ودلالة الطلاق قوله تعالى الطلاق مرتان ونحوه على اعتبار عدم النية أبعد ثم قولنا لا يتوقف على النية معناه اذا لم ينو شيأ أصلا يقع لأنه يقع وان نوى شيأ آخر لما ذكر أنه اذا نوى الطلاق عن وثاق صدق ديانة لا قضاء وكذا عن العمل فى رواية كما سيذكر ولا بد من القصد بالخطاب بلفظ الطلاق عالما بمعناه أو النسبة الى الغائبة كما يفيده فروع هو انه لو كرر مسائل الطلاق بحضرة زوجته ويقول أنت طالق ولا ينوى طلاقا لا تطلق وفى متعلم يكتب ناقلا من كتاب رجل قال ثم وقف وكتب امرأتى طالق وكلما كتب قرن الكتابة بالتلفظ بقصد الحكاية لا يقع عليه ولو قال لقوم تعلمت ذكرا بالفارسية فقولوه معى فقال زن من بسه طلاق فقالوه لم يحكم عليهم بالحرمة وكذا لو لم يعتقدوه ذكرا واعتقدوه شيأ آخر كذا نقل من فتاوى المنصورى وما فى الخلاصة لو لقنت المرأة زوجت نفسى من فلان بالعربية ولم تعرف معناه بحضرة الشهود وهم يعلمون معناه أو لا يعلمون صح النكاح كالطلاق وقيل لا كالبيع يقتضى عدم الخلاف فى الوقوع فى مسئلة الذكر وفيها فى الجنس الاول من مقدمة كتاب الطلاق طلاق الهازل وطلاق الرجل الذى أراد أن يتكلم فسبق لسانه بالطلاق واقع وفى النسفى قال أبو حنيفة لا يجوز الغلط فى الطلاق وهو ما اذا أراد أن يقول اسق فسبق لسانه بالطلاق ولو كان بالعتاق يدين وقال أبو يوسف لا يجوز الغلط فيهما وفى الخلاصة أيضا قالت لزوجها اقرأ على اعتدى أنت طالق ثلاثا ففعل طلقت ثلاثا فى القضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعلم الزوج ولم ينو وهذا يوافق ما فى المنصورى ويخالف مقتضى ما ذكره آنفا من مسئلة التلقين بالعربية والذى يظهر من الشرع أن لا يقع بلا قصد لفظ الطلاق عند الله تعالى وقوله فيمن سبق لسانه واقع أى فى القضاء وقد يشير اليه قوله ولو كان بالعتاق يدين بخلاف الهازل لانه مكابر باللفظ

وأما لفظ الرد فقد يستعمل فيما لم يزل ملكه كالبائع جارية بالخيار له وللمشترى فانه لم يثبت الملك فيها للمشترى ثم اذا فسخه يقال رد الجارية وان لم يزل عنها ملك البائع (ولا يفتقر الى النية لانه صريح فيه) والصريح ما ظهر المراد به ظهورا بينا بكثرة الاستعمال وهذا كذلك والصريح يقوم لفظه مقام معناه فلا يفتقر الى النية وقوله (وكذا اذا نوى الابانة) معطوف على قوله وانه يعقب الرجعة يعنى ان لم ينو شيأ

قال المصنف (لغلبة الاستعمال) أقول قال ابن الهمام لا يخفى عليك ان الموصوف بالغلبة هنا هو ما وصفه بعدم الاستعمال فى غيره والغلبة فى مفهومها الاستعمال فى الغير قليلا ففيه تدافع للتقابل بين الغلبة والاختصاص انتهى يجوز أن يكون المراد فيما سبق ولا يستعمل فى غيره غالبا بقرينة كلامه الثانى كما أشرنا اليه (قوله وأما لفظ الرد فقد يستعمل فيما لم يزل ملكه) أقول وأيضا يستعمل الرد فى الوديعة والعارية ولا زوال ملك فيهما (قوله وقوله وكذا اذا نوى الابانة) معطوف على قوله وانه يعقب الرجعة أقول فيكون فى كلامه تسامح حيث جعله معطوفا على قوله وانه يعقب الرجعة مع انه معطوف على محذوف وهو قوله ان لم ينو شيأ

وكذا اذا نوى الابانة لانه خالف الشرع حيث قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة قال الله تعالى فامساك بمعروف أو تسريح باحسان والامساك بالمعروف هو الرجعة والتسريح بالاحسان هو تركها حتى تنقضي العدة وتحقيقه ان الله تعالى سمى الرجعة امساكا والامساك ابقاء الشيء على ما كان فما دامت العدة باقية كانت ولاية الرجعة باقية واذا انقضت من غير رجعة بانت فصارت البينونة معلقة بالانقضاء كذا قالوا وللقائل أن يقول ان سلمنا دلالته على تعليق البينونة بالانقضاء جاز أن يكون المراد به مالم ينو البينونة فلم يبق حجة فيما نويت فيه ولو قال لان الطلاق ثابت اقتضاء والمقتضى ضروري والضرورة تندفع بالرجعي فلا حاجة الى البائن كان أسلم وموضعه أصول الفقه وقوله (فيرد عليه) يعني (٤٦) قصده وتقريرا للحجة لانه قصد تقديم ما أخر الشرع الى وقت وكل من فعل ذلك يرد عليه قصده كما في قتل المورث وأصله بقرة بني اسرائيل (ولو نوى الطلاق عن وثاق) بفتح الواو وهو القيد والكسر فيه لغة (لم يدين في القضاء) أي لم يصدق وحقيقته دينت الرجل تدينا وكلته الى دينه فاستعمل في التصديق مجازا لانه خلاف الظاهر لانه صرف الكلام عما هو صريح فيه الى ما ليس بمتعارف فيما عليه تخفيف وكذلك لا يسع المرأة أن تصدقه في ذلك (ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله) اذ الطلاق من الاطلاق يستعمل في الابل أو الوثاق فيحتمل أن يكون الطلاق عبارة عنه مجازا (ولو نوى به) أي بقوله طالق (الطلاق عن العمل لم يصدق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق لرفع القيد وهو) قيل أي المرأة بتأويل الشخص أو الذات وليس بشيء بل يعود الى القيد الذي يرفعه الطلاق وهو النكاح وتقريره الطلاق لرفع القيد النكاحي والقيد النكاحي غير مقيد بالعمل فان الطلاق ليس برفع القيد بالعمل وهذا ظاهر الرواية بالعمل وروى الحسن (عن أبي حنيفة أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق يستعمل في التخليص) فكان معناه أنت مخلصة من العمل وهذا اذا لم يصرح بذكره أما اذا قال أنت طالق من عمل كذا موصولا صدق ديانة رواية واحدة

لانه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة فيرد عليه ولو نوى الطلاق عن وثاق لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى ما يحتمله ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق لرفع القيد وهي غير مقيدة بالعمل وعن أبي حنيفة انه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يستعمل للتخليص

فيستحق التغليظ وسيذكر في أنت طالق اذا نوى به الطلاق من الوثاق يدين فيما بينه وبين الله تعالى مع أنه أصرح صريح في الباب ثم لم يعارض ذلك قوله ولا يحتاج الى النية لان المعنى لا يحتاج الى النية يعني اللفظ بعد القصد الى اللفظ والحاصل أنه اذا قصد السبب عالما بأنه سبب رتب الشرع حكمه عليه أراده أو لم يرده الا ان أراد ما يحتمله واما أنه اذا لم يقصده أو لم يدر ما هو فيثبت الحكم عليه شرعا وهو غير راض بحكم اللفظ ولا باللفظ فمما ينبو عنه قواعد الشرع وقد قال تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم وفسر بأمرين أن يحلف على أمر يظنه كما قال مع انه قاصد للسبب عالم بحكمه فالغاؤه لغلطه في ظن المحلوف عليه والآخر أن يجري على لسانه بلا قصد الى اليمين كلا والله بلى والله فرفع حكمه الدنيوي من الكفارة لعدم قصده اليه فهذا تشريع لعباده ان لا يرتبوا الاحكام على الاسباب التي لم تقصد وكيف ولا فرق بينه وبين النائم عند العليم الخبير من حيث انه لا قصد له الى اللفظ ولا حكمه وانما لا يصدقه غير العليم وهو القاضي وفي الحاوي معزوا الى الجامع الاصغر ان أسدا سئل عمن أراد أن يقول زينب طالق فجرى على لسانه عمرة على أيهما يقع الطلاق فقال في القضاء تطلق التي سماها وفيما بينه وبين الله تعالى لا تطلق واحدة منهما أما التي سماها فلانه لم يردها وأما غيرها فلانها لو طلقت طلقت بمجرد النية فهذا صريح وأما ما روي عنهما نصير من أن من أراد أن يتكلم فجرى على لسانه الطلاق يقع ديانة وقضاء فلا يعول عليه (قوله وكذا اذا نوى الابانة) أي بالصريح يقع رجعيا وتلغو نيته (لانه قصد باللفظ تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة) عند وجوده بقوله تعالى اذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف والاجماع على ذلك (فيرد عليه) لانه استعجل ما أخر الشرع كما رد ارث الوارث بالقتل لاستعجاله فيه (قوله ولو نوى الطلاق) أي بقوله أنت طالق (عن وثاق لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر) الا أن يكون مكرها ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله (ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى) لانه لا يحتمله لان الطلاق لرفع القيد وهي ليست مقيدة

(قوله جاز أن يكون المراد به مالم ينو البينونة) أقول التقييد بعدم ارادة البينونة يقتضي دليلا (قوله وهو قيل أي المرأة بتأويل الشخص أو الذات وليس بشيء بل يعود الى القيد الذي يرفعه الطلاق وهو النكاح وتقريره الطلاق لرفع القيد النكاحي والقيد النكاحي غير مقيد بالعمل الخ) أقول فعلى هذا قوله غير مقيد يكون على صيغة اسم الفاعل ثم أقول لكن الاولى من جهة المعنى هو ان يعود الى المرأة أي هي غير مقيدة بالعمل لا حسا وهو ظاهر اذ هو ليس بقيد محسوس وأما شرعا فلأن المرأة لا يجب عليه العمل

ولو قال أنت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفا فلم يكن صريحا قال

بالعمل فلا يكون محتمل اللفظ وعن أبي حنيفة يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يستعمل للتخلص فكانه قال أنت متخلصة عن العمل ولو صرح فقال أنت طالق من هذا العمل صدق ديانة لا قضاء على الاول لانه يظن انه طلق ثم وصل لفظ العمل استدراكا بخلاف ما لو وصل لفظ الوثاق حيث يصدق قضاء لانه يستعمل فيه قليلا وكل ما لا يدينه القاضي اذا سمعته منه المرأة أو شهد به عندها عدل لا يسعها أن تدينه لانها كالقاضي لا تعرف منه الا الظاهر (قوله ولو قال أنت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانها) أي لفظة مطلقة غير مستعملة فيه أي في الطلاق بالمعنى الشرعي عرفا بل في الانطلاق عن القيد الحسي فلم يكن صريحا فيه فيتوقف على النية ﴿ فروع ﴾ لو قال لها يا مطلقة بالتشديد أو يا طالق وقع ولو قال أردت الشتم لم يصدق لان النداء استحضار بالوصف الذي تضمنه اللفظ اذا كان يمكنه اثباته بذلك اللفظ بخلاف قوله يا ابني لعبده ولو كان لها زوج طلقها قبل فقال أردت ذلك الطلاق صدق ديانة باتفاق الروايات وقضاء في رواية أبي سليمان وهو حسن وينبغي على قياس ما في العتق لو سماها طالقا ثم ناداها به لا تطلق وقد روى وكيع عن ابن أبي ليلى عن الحكم بن عيينة عن خيثمة ابن عبد الرحمن ان امرأة قالت لزوجها سمني فسماها الطيبة فقالت ما قلت شيأ فقال هات ما أسميك به فقالت سمني خلية طالق قال فأنت خلية طالق فجاءت الى عمر فقالت له إن زوجي طلقني فجاء زوجها فقص القصة فأوجع عمر رأسها وقال له خذ بيدها وأوجع رأسها ولو قال طلقتك أمس وهو كاذب كان طلاقا في القضاء ولو قال فلانة طالق ولم ينسبها أو نسبها الى أبيها أو أمها أو أختها أو ولدها وامرأته بذلك الاسم والنسب فقال عنيت أخرى أجنبية لا يصدق في القضاء بخلاف الاقرار لفلان بن فلان اذا ادعى ذلك من اسمه ونسبه ذلك لا يلزمه الاعطاء ويحلف ماله عليه هذا المال لا ماهو فلان بن فلان ولو قال هذه المرأة التي عنيت امرأتي وصدقته في ذلك وقع الطلاق عليها ولم يصدق في ابطال الطلاق عن المعروفة الا أن يشهد الشهود على نكاحها قبل أن يتكلم بالطلاق أو على اقرارهما به قبل ذلك أو تصدقه المرأة المعروفة كذا في الكافي للحاكم ولو قال امرأتي فلانة بنت فلان طالق وسماها بغير اسمها لا تطلق امرأته الا بالنية وعلى هذا لو حلف لدائنه فقال ان خرجت من البلدة قبل ان أقضيك حقك فامرأتي فلانة طالق واسم امرأته غيره لا تطلق اذا خرج قبله ولو قال لاحدى نسائه يا زينب فأجابته زوجته عمرة فقال أنت طالق طلقت المجيبة ولو قال أردت زينب طلقتا هذه بالاشارة وتلك بالاقرار هذا في القضاء أما فيما بينه وبين الله تعالى فانما يقع على التي قصدها ذكره في البدائع ولو قال أنت زينب فقالت عمرة نعم فقال اذن أنت طالق لا تطلق ولو قال عليك الطلاق أو لك اعتبرت النية ولو قال قولي أنا طالق لا تطلق حتى تقولها ولو كان له امرأتان اسمهما واحد ونكاح احداهما فاسد فقال فلانة طالق وقال عنيت التي نكاحها فاسد لا يصدق في القضاء وكذا لو قال احداكما أو واحدى امرأتي طالق ويقع أيضا بالتهجي كانت ط ا ل ق وكذا لو قيل له طلقتها فقال ن ع م اذا نوى صرح بقيد النية في البدائع ولا يقع بأطلقك الا اذا غلب في الحال ولو قالت أنا طالق فقال نعم طلقت ولو قاله في جواب طلقني لا تطلق وان نوى ولو قيل له ألست طلقتها فقال بلى طلقت أو نعم لا تطلق والذي ينبغي عدم الفرق فان أهل العرف لا يفرقون بل يفهمون منهما ايجاب المنفي ولو قال خذي طلاقك فقالت أخذت اختلف في اشتراط النية وصحح الوقوع بلا اشتراطها ويقع بطلقك الله أطلقتها في النوازل مرة ثم أعادها وشرط النية وهو الحق وأما المصحف فهو خمسة ألفاظ تلاق وتلاغ وطلاغ وطلاك وتلاك ويقع به في القضاء ولا يصدق الا اذا أشهد على ذلك قبل التكلم بان قال امرأتي تطلب

(ولو قال أنت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفا فلا يكون صريحا) واذا لم يكن صريحا كان كناية لعدم الواسطة والكناية تحتاج الى النية

(ولا يقع به الا واحدة وان نوى أكثر من ذلك) وقال الشافعي يقع مانوى لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة كذكر العالم ذكر للعلم ولهذا يصح قران العدد به فيكون نصبا على التمييز

منى الطلاق وأنا لا أطلق فأقول هذا ويصدق ديانة وكان ابن الفضل يفرق أولا بين العالم والجاهل وهو قول الحلواني ثم رجع الى هذا وعليه الفتوى ولو قال نساء أهل الدنيا أو الري طوالق وهو من أهل الري لا تطلق امرأته الا ان نواها وا هشام عن أبي يوسف وعليه الفتوى وعن محمد روايتان ولا فرق بين ذكر لفظ جميع وعدمه في الاصح وفي نساء أهل السكة أو الدار وهو من أهلها ونساء هذا البيت وهي فيه تطلق ونساء أهل القرية منهم من ألحقها بالدار ومنهم من ألحقها بالمصر ولو قال طلاقك على لا يقع ولو زاد فرض أو واجب أو لازم أو ثابت قيل تطلق رجعية نوى أو لا وقيل لا يقع وان نوى وقيل في قول أبي حنيفة يقع وفي قولهما لا يقع في واجب ويقع في لازم وقيل بل في قول أبي يوسف يرجع في ذلك كله الى نيته وقيل يقع في واجب للتعارف به وفي الثلاثة لا يقع وان نوى لعدم التعارف وفي الفتاوى الكبرى للخاصي المختار انه يقع في الكل لان الطلاق لا يكون واجبا أو ثابتا بل حكمه وحكمه لا يجب ولا يثبت الا بعد الوقوع وفرق بينه وبين العتاق وهذا يفيد ان ثبوته اقتضاء ويتوقف على نيته الا أن يظهر فيه عرف فاش فيصير صريحا فلا يصدق قضاء في صرفه عنه وفيما بينه وبين الله تعالى ان قصده وقع والا لا فانه قد يقال هذا الامر على واجب بمعنى ينبغي ان أفعله لا اني فعلته فكأنه قال ينبغي ان أطلقك وقد تعورف في عرفنا في الحلف الطلاق يلزمني لا أفعل كذا يريد ان فعلته لزم الطلاق ووقع فيجب أن يجري عليهم لانه صار بمنزلة قوله ان فعلت كذا فأنت طالق وكذا تعارف أهل الارياف الحلف بقوله على الطلاق لا أفعل ولو قال طال بلا قاف يقع قيل لانه ترخيم وهو غلط اذ الترخيم اختيارا في النداء وفي غيره انما يقع اضطرارا في الشعر ولو قال أنت بثلاث وقعت ثلاث ان نوى لانه نوى مايحتمله لفظه ولو قال لم أنو لا يصدق اذا كان في حال مذاكرة الطلاق لانه لا يحتمل الرد والا صدق ومثله بالفارسية تو بسه على ماهو المختار للفتوى خلافا للصفار ولو قال أنت أطلق من فلانة وفلانة مطلقة أو غير مطلقة فان عنى به الطلاق وقع والا فلا لانه نوى مايحتمله لفظه والمعنى عند عدم كونها مطلقة لاجل فلانة لان أفعل التفضيل ليس صريحا وهذا بخلاف ما اذا قالت له مثلا فلان طلق زوجته فقال لها ذلك فانه يقع وان لم ينو وكذا لو قال أنت أزنى من فلانة لا يحد لانه ليس صريحا في القذف وعن محمد فيمن قال لامرأته كوني طالقا أو اطلقي يقع لان قوله كوني ليس أمرا حقيقة لعدم تصور كونها طالقا منها بل عبارة عن اثبات كونها طالقا كقوله تعالى كن فيكون ليس أمرا بل كناية عن التكوين وكينونتها طالقا يقتضي ايقاعا قبل فيتضمن ايقاعا سابقا وكذا قوله اطلقي ومثله قوله للامة كوني حرة (قوله ولا يقع به) أي بالصريح المقيد بالالفاظ المتقدمة أنت طالق مطلقة طلقتك لا تطلق (الا واحدة وان نوى أكثر من ذلك) لا الصريح مطلقا الان منه المصدر وبه يقع الثلاث بالنية (وقال الشافعي يقع مانوى) وهو قول الائمة الثلاثة وزفر وقول أبي حنيفة الاول ثم رجع عنه وجه قول الجمهور انه نوى محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر الطلاق لان الوصف كالفعل جزء مفهومه المصدر وهو يحتمله اتفاقا (ولهذا) أي ولان ذكره ذكر الطلاق المحتمل للقليل والكثير صح قران العدد به تفسيرا حتى ينصب على التمييز) وحاصل التمييز ليس الا تعيين أحد محتملات اللفظ ويدل عليه حديث ركانة انه أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال طلقت امرأتي البتة قال صلى الله عليه وسلم والله ما أردت الا واحدة فقال والله ما أردت الا واحدة فردها النبي صلى الله عليه وسلم عليه وأيضا اذا صح نية الثلاث بقوله أنت بائن

وقوله (ولا يقع به) من كلام القدوري متصل بقوله وهذا يقع به الطلاق أي لا يقع بكل واحد من الالفاظ الثلاثة المذكورة (الا واحدة وان نوى أكثر من ذلك وقال الشافعي يقع مانوى لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق) لكونه نعتا وهو لا يتحقق بدون المشتق منه (ولهذا) أي لكونه محتمل لفظه (يصح قران العدد به ويكون نصبا على التفسير) وكل ماهو محتمل اللفظ تصح نيته

قال المصنف (ويكون نصبا على التفسير) أقول أي نصبا على التمييز وفي التلويح في مبحث الامر لا نسلم انه تفسير بل تغيير الى مايحتمله مطلق اللفظ ولهذا قالوا اذا قرن بالصيغة ذكر العدد في الايقاع يكون الوقوع بلفظ العدد لا بالصيغة حتى لو قال لامرأته طلقتك ثلاثا أو واحدة وقد ماتت قبل ذكر العدد لم يقع شيء انتهى

ولنا انه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلاث طوالق فلا يحتمل العدد لانه ضده وذكر الطالق ذكر الطلاق هو صفة للمرأة لا الطلاق هو تطليق والعدد الذي يقرن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقا ثلاثا كقولك أعطيته جزيلا أي عطاء جزيلا (واذا قال أنت الطلاق أو أنت طالق الطلاق أو أنت طالق طلاقا فان لم تكن له نية أو نوى واحدة أو ثنتين فهي واحدة رجعية وان نوى ثلاثا فثلاث)

وهو كناية فني الصريح الاقوى أولى (قوله ولنا انه نعت فرد) قيل غير مستقيم لان الكلام ليس في المرأة الموصوفة انها تحتمل العدد على ما يعطيه ظاهر كلامه من قوله حتى قيل للمثنى طالقان والثلاث طوالق بل في المعنى المصدري الذي تضمنه ووحدته لا تمنع احتمال العدد بجنسيته وتحرير التقرير أن أنت طالق اذا أريد من قيد النكاح كان معناه لغة وصفها بانطلاقها من قيد النكاح وهي مقيدة به فصدقه متوقف على التطليق والمتيقن ان الشارع اعتبره مطلقا عند هذا الكلام فاما أن يكون أثبته اقتضاء تصحيحا للاخباره فلا يتجاوز الواحدة اذ الضرورة تندفع بها والمقتضى لا عموم له لذلك أو نقله من الاخبار الى الانشاء وهو خلاف الاصل لا يصار اليه الا بموجب نقل وهو منتف لان جعله موقعا لا يستلزم نقله لان باثباته اقتضاء يحصل المقصود وبه ترض بالقطع بتخلف لازم الاخبار اذ لا يفهم من أنت طالق قط احتمال الصدق والكذب فلزم تحقق النقل وبه يندفع ما قيل انه اخبار من وجه انشاء من وجه بل هو انشاء من كل وجه لما قلنا ويمكن أن يقال بعد التسليم المعلوم من الشرع جعله موقعا واحدة فعلم انه انما نقله الى انشاء ايقاع الواحدة فجعله موقعا بها ما شاء استعمال في غير المنقول اليه الا أن ينقل ان الشارع نقله لما هو أعم وليس فلا يراد به وملاحظة ما يصح أن يراد بالمصدر كما ذكرتم انما يتفرع عن ارادة الاستعمال اللغوي ونقله الى الانشاء ينافيه لانه يجعل اللفظ علة لدخول المعنى الخاص في الوجود المخالف لمقتضاه لغة على ان المصدر الذي يدل عليه اللفظ هو الانطلاق الذي هو وصفها وذلك لا يتعدد أصلا بل يختلف بالكيفية وبين ما يعقبه الرجعة شرعا وما لا في الكمية وحينئذ يتفق كلامهم هنا وفي البيع حيث جعل المصنف بعت انشاء حيث قال لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعا فقد جعلت للانشاء شرعا دفعا للحاجة وبهذا يظهر عدم صحة ارادة الثلاث في مطلقة وطلقتك لانه صار انشاء في الواحدة غير ملاحظ فيه معنى اللغة وعلى هذا فالعدد نحو ثلاثا لا يكون صفة لمصدر الوصف بل لمصدر غيره أي طلاقا أي تطليقا ثلاثا كما ينصب في الفعل مصدر غيره مثل أنبتكم من الارض نباتا أو يضمر له فعل على الخلاف فيه بخلاف طلقها وطلقي نفسك لان المصدر المحتمل للكل مذكور لغة فصح ارادته منه لانه لا نقل فيه الى ايقاع واحدة هذا ونقض بطالق طلاقا فانه يصح ارادة الثلاث مع ان المنتصب هو مصدر طالق ويدفع بأن طلاقا المصدر قد يراد به التطليق كالسلام بمعنى التسليم والبلاغ بمعنى التبليغ فصح أن يراد به الثلاث على ارادة التطليق به معمولا لفعل محذوف تقديره طالق لاني طلقتك تطليقا ثلاثا بقي انه يرد ارادة الثلاث بانت الطلاق وهو صفة المرأة والجواب انه اذا نوى الثلاث كان المعنى أنت وقع عليك التطليق فيصح نية الثلاث ونوقض بأنه لم لا يجوز في طالق عند ارادة الثلاث أن يراد أنت ذات وقع عليك التطليق وجاز في المصدر وقد يدفع بانه لو أريد بالمصدر الذي في ضمن طالق ذلك كان يراد باسم الفعل اسم المفعول وهو منتف فان قلت ظاهر ما ذكرت انه لو صح أن يراد اسم المفعول صحت ارادة الثلاث والفرض ان صريح اسم المفعول كانت مطلقة لا يقبل نية الثلاث فكيف بما يراد هو به فالجواب ان الذي لا يقبله هو اسم المفعول المنقول للانشاء على ما التزمنا الجواب به والذي يراد بطالق ليس للانشاء فتأمل ويدل على انه لا يراد بطالق الثلاث حديث ابن عمر في الصحيحين انه طلق امرأته في الحيض فلم يستفسره النبي صلى الله عليه وسلم ولو كان مما تصح ارادة الثلاث منه لاستفسره يدل على الملازمة حديث ركانة بن عبد يزيد في سنن

والضد لا يحتمل الضد وقوله (وذكر الطالق) جواب عن قوله فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة وتقريره ان الطالق نعت من الثلاثي وهو يدل على طلاق يكون صفة للمرأة لا على طلاق يكون بمعنى التطليق كالسلام بمعنى التسليم ومحل النية هو الثاني لانه فعل الرجل دون الاول لانه وصف ضروري تتصف به المرأة وليس بفعل الزوج لكنه يقتضي الثاني تصحيحا له وكان ثابتا ضرورة تصحيح الكلام مقتضى ولا عموم له وقوله (والعدد الذي يقرن به) جواب عن قوله ولهذا يصح قران العدد به وهو واضح وقوله (واذا قال أنت الطلاق) واضح

قال المصنف (ولنا انه نعت فرد) أقول فيه نظر لان قوله نعت فرد لا يناسب المقام لان الكلام في عدم صحة نية الطلقتين بالطلاق لا في عدم صحة نية المرأتين به فتأمل كذا قال الزيلعي والظاهر ان مراد المصنف سد باب قابلية نية الثلاث عن هذا اللفظ من جميع الجهات حتى يظهر لزوم مدعاه بالاولوية فليتأمل قال المصنف (معناه طلاقا ثلاثا) أقول وانتصابه بفعل محذوف وتقدير الكلام أنت طالق لاني طلقتك ثلاثا

و وقوع الطلاق باللفظة الثانية والثالثة ظاهر لانه لو ذكر النعت وحده يقع به الطلاق فاذا ذكره وذكر المصدر معه وانه يزيده وكادة أولى وأما وقوعه باللفظة الاولى فلأن المصدر قد يذكر و يراد به الاسم يقال رجل عدل أي عادل فصار بمنزلة قوله أنت طالق وعلى هذا لو قال أنت طلاق يقع به الطلاق أيضا ولا يحتاج فيه الى النية و يكون رجعيا لما بينا انه صريح الطلاق لغلبة الاستعمال فيه وتصح نية الثلاث لان المصدر يحتمل العموم والكثرة لانه اسم جنس فيعتبر بسائر أسماء الاجناس فيتناول الادنى مع احتمال الكل ولا تصح نية الثنتين فيها خلافا لزفر هو يقول ان الثنتين بعض الثلاث فلما صحت نية الثلاث صحت نية بعضها ضرورة ونحن نقول نية الثلاث انما صحت لكونها جنسا حتى لو كانت المرأة أمة تصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية أما الثنتان في حق الحرة فعدد واللفظ لا يحتمل العدد وهذا لان معنى التوحد يراعى في ألفاظ الوحدان وذلك بالفردية أو الجنسية والمثنى بمعزل منهما

أبي داود انه طلق امرأته سهيمة البتة فقال صلى الله عليه وسلم والله ما أردت الا واحدة فقال والله ما أردت الا واحدة الحديث فظهر انه لا يقضي بحكم المحتمل حتى يستفسر عنه وثبت لنا مطلوب آخر وهو ان الكنايات عوامل بحقائقها لانه لو أراد بها الطلاق والا كان غير محتمل فلم يسأله كما لم يسأل ابن عمر ولكونها عوامل بحقائقها احتملت فسأله وانما احتملت حقائقها أعني معنى البينونة التي تفيده البتة كلا من نوعيها الغليظة المرتبة على الثلاث والخفيفة المرتبة على ما دونها فصح أن يراد كل من النوعين غير انه اذا لم يكن له نية ثبت الاخف للتيقن (قوله و وقوع الطلاق باللفظة الثانية) يعني طالق الطلاق و بالثالثة وهي طالق طلاقا وما في الكتاب ظاهر غير ان وقوع الثلاث بطالق طلاقا لم يكن الا بالمصدر ويلغو طالق في حق الايقاع كما اذا ذكر معه العدد فان الواقع هو العدد والا يشكل فانه حينئذ يقع به واحدة و يقع بالمصدر ثنتان وهو باطل في الحرة لما عرف وهذا يقوي المروي عن أبي حنيفة انه لا يقع به الا واحدة وان نوى الثلاث و يجب كون طالق الطلاق مثله على هذه الرواية وان لم يذكر الا في المنكر (قوله وأما وقوعه باللفظة الاولى) وهي الطلاق (فلان المصدر يذكر و يراد به الاسم يقال رجل عدل أي عادل فصار كقوله أنت طالق) و يرد انه اذا أريد به طالق يلزم أن لا تصح فيه نية الثلاث وسنذكر جوابه (قوله ولا يحتاج فيه الى النية) أي في أنت الطلاق الى نية لانه صريح في غلبة الاستعمال والمنقول عن الشافعية ان التطليق بالمصدر بالكناية لانه لم يغلب استعماله فيه وقول المصنف لغلبة الاستعمال لا يفيد لان الذي غلب استعماله هو الوصف لا المصدر قلنا المراد ان المصدر حيث استعمل كان ارادة طالق به هو الغالب فيكون صريحا في طالق الصريح فيثبت له حكم طالق لا يقال فيلزم في سائر الكنايات انها صرائح لانا نمنع انها مستعملة في الطلاق بل في معانيها الحقيقية على ما سيتحقق ولذا أوقعنا بها البائن فان قيل فكيف تقع الثلاث وقد أريد به طالق قلنا لانه كما قلنا صريح في طالق و يحتمل أن يراد على حذف مضاف أي ذات طلاق وعلى هذا التقدير تصح ارادة الثلاث ولما كان محتملا توقف على النية وهذا أوجه ان شاء الله تعالى مما قيل انه وان أريد به طالق لم يخرج عن كونه مصدرا فيصح ارادة الثلاث به لان الارادة باللفظ ليست الا باعتبار معناه لا ذاته التي هي هواء مضغوط فاذا فرض ان معناه الذي أريد به ليس الا ما لا تصلح ارادته منه فكيف يراد به ذلك الذي لا يصح ويمكن أن يراد به انها عين الطلاق ادعاء وتصح معه أيضا ارادة الثلاث وعليه قول الخنساء * فانما هي اقبال وادبار * يعني الناقة لا على ان المراد مقبلة ومدبرة كما ذكره كثير لفوات المعنى المقصود من المبالغة وهذا بخلاف نية الثنتين بالمصدر لا تصح خلافا لزفر والشافعي الا أن تكون المرأة أمة لهما ان المصدر يحتمل القليل والكثير فالثنتان كالثلاث قلنا نية الثلاث لم تصح باعتبار انها كثرة بل باعتبار انها فرد من حيث انه تمام جنس واحد بخلاف الثنتين في الحرة لانه عدد محض وألفاظ الوحدان لا تحتمل العدد المحض بل يراعى

وقوله (فصار بمنزلة قوله أنت طالق) اعترض عليه بان قوله أنت الطلاق لو كان بمنزلة أنت طالق لما صح فيه نية الثلاث كما لم تصح في أنت طالق وأجيب بأن نية الثلاث انما لا تصح في طالق لانه نعت فرد كما تقدم وأما الطلاق فهو مصدر في أصله وان وصف به فلوحظ فيه جانب المصدرية وصح فيه نية الثلاث وبقية كلامه واضح

(ولو قال أنت طالق الطلاق فقال أردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق أخرى يصدق)

فيها التوحيد وهو بالفردية الحقيقية أو الجنسية والمثنى بمعزل عنها وقد ذكر الطحاوي انه لا يقع بالمصدر المجرد عن اللام الا واحدة وأما المحلى فيقع به الثلاث قال الجصاص هذه التفرقة لا يعرف لها وجه الا على الرواية التي رويت عن أبي حنيفة في أنت طالق طلاقا ان تكون واحدة وان نوى ثلاثا لان المصدر ذكر للتأكيد ونفي المجاز لا للابتداع أما على الرواية المشهورة فلا فرق بين طلاق والطلاق وفي المغني لابن هشام نقلا عن بعض التواريخ ان الرشيد كتب الى أبي يوسف ماقول القاضي الامام فيمن قال لامرأته

فان ترفقي ياهند فالرفق أيمن * وان تخرقي ياهند فالخرق أشأم

فأنت طلاق والطلاق عزيمة * ثلاث ومن يخرق أعق وأظلم

فقال أبو يوسف هذه مسئلة نحوية فقهية لا آمن الغلط فيها فأتى الكسائي فسأله فأجاب عنها بما سنذكره وهو بعد كونه غلطا بعيد عن معرفة مقام الاجتهاد فان من شرطه معرفة العربية وأساليبها لان الاجتهاد يقع في الادلة السمعية العربية والذي نقله أهل الثبت من هذه المسئلة عن قرأ الفتوى حين وصلت خلاف هذا وان المرسل بها الكسائي الى محمد بن الحسن ولا دخل لابي يوسف أصلا ولا للرشيد ولمقام أبي يوسف أجل من أن يحتاج في مثل هذا التركيب مع امامته واجتهاده وبراعته في التصرفات من مقتضيات الالفاظ ففي المبسوط ذكر ابن سماعة ان الكسائي بعث الى محمد بفتوى فدفعها الى فقرأتها عليه فقال ماقول قاضي القضاة الامام فيمن قال لامرأته

فان ترفقي ياهند فالرفق أيمن * وان تخرقي ياهند فالخرق أشأم

فأنت طلاق والطلاق عزيمة * ثلاث ومن يخرق أعق وأظلم

فما يقع عليه فكتب في جوابه ان قال ثلاث مرفوعا يقع واحدة وان قال ثلاثا منصوبا يقع ثلاث لانه اذا ذكره مرفوعا كان ابتداء كلام فيبقى قوله أنت طلاق فيقع واحدة واذا قال ثلاثا منصوبا على معنى البدل أو التفسير فيقع به ثلاث كأنه قال أنت طالق ثلاثا والطلاق عزيمة لان الثلاث تفسير لما وقع فاستحسن الكسائي جوابه ثم قال الشيخ جمال الدين بن هشام بعد الجواب المذكور الصواب ان كلا من الرفع والنصب يحتمل وقوع الثلاث والواحدة أما الرفع فلان أل في الطلاق إما لمجاز الجنس نحو زيد الرجل أي المعتدبه واما للعهد الذكري أي وهذا الطلاق المذكور عزيمة ثلاث ولا يكون للجنس الحقيقي لئلا يلزم الاخبار بالخاص عن العام وهو ممتنع اذ ليس كل طلاق عزيمة ثلاث فعلى العهدية يقع الثلاث وعلى الجنسية واحدة وأما النصب فيحتمل كونه على المفعول المطلق فيقع الثلاث اذ المعنى حينئذ فأنت طالق ثلاثا ثم اعترض بينهما بالجملة وكونه حالا من الضمير في عزيمة فلا يلزم وقوع الثلاث لان المعنى والطلاق عزيمة اذا كان ثلاثا فانما يقع مانواه هذا ما يقتضيه اللفظ وأما الذي أراده الشاعر فالثلاث لانه قال بعده

فبيني بها ان كنت غير رفيقة * ومالامرئ بعد الثلاث مقدم

انتهى وتخرقي بضم الراء مضارع خرق بكسرها والخرق بالضم الاسم وهو ضد الرفق ولا يخفى ان الظاهر في النصب كونه على المفعول المطلق نيابة عن المصدر لقلة الفائدة في ارادة ان الطلاق عزيمة ان كان ثلاثا وأما الرفع فلامتناع الجنس الحقيقي كما ذكر بقي أن يراد مجاز الجنس فيقع واحدة أو العهد الذكري وهو أظهر الاحتمالين فيقع الثلاث ولهذا ظهر من الشاعر انه أراده كما أفاده البيت الاخير فجواب محمد بناء على ماهو الظاهر كما يجب في مثله من حمل اللفظ على الظاهر وعدم الالتفات الى الاحتمال (قوله ولو قال أنت طالق الطلاق وقال أردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق أخرى يصدق) تقدم انه اذا أراد

وقوله (ولو قال أنت طالق الطلاق فقال أردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق أخرى) فان لم تكن موطوءة لغا الثاني وان كانت موطوءة (يصدق) ويقع طلقتان رجعيتان

قوله ومضارع خرق بكسرها كذا في النسخ والذي في كتب اللغة ان المضارع المضموم للماضي المضموم كتبه مصححه

لان كل واحد منهما صالح للايقاع فكأنه قال أنت طالق وطالق فتقع رجعيتان اذا كانت مدخولا بها (واذا أضاف الطلاق الى جملتها أو الى ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق) لانه أضيف الى محله وذلك (مثل أن يقول أنت طالق) لان التاء ضمير المرأة (أو) يقول (رقبتك طالق أو عنقك) طالق أو رأسك طالق (أو روحك أو بدنك أو جسدك أو فرجك أو وجهك) لانه يعبر بها عن جميع البدن أما الجسد والبدن فظاهر وكذا غيرهما قال الله تعالى فتحرير رقبة وقال فظلت أعناقهم لها خاضعين وقال عليه السلام لعن الله الفروج على السروج ويقال فلان رأس القوم وياوجه العرب وهلك روحه بمعنى نفسه ومن هذا القبيل الدم فى رواية يقال دمه هدر ومنه النفس وهو ظاهر

بطالق طلاقا أو الطلاق ثنتين لا يصح فأفاد هنا انه لو أرادهما بالتوزيع صح ووجهه بقوله (لان كلا منهما صالح للايقاع فكأنه قال أنت طالق وطلاق فتقع رجعيتان اذا كانت مدخولا بها) وهذا منقول عن أبى يوسف والفقيه أبى جعفر ومنعه فخر الاسلام لان طالقا نعت وطلاقا مصدره فلا يقع الا واحدة وكذا فى أنت طالق الطلاق ويؤيده ان طلاقا نصب ولا يدفع بعد صلاحية اللفظ لتعدده وصحة الارادة به الا باهدار لزوم صحة الاعراب فى الايقاع من العالم والجاهل وظهر ان الاولى فى التشبيه أن يقال فصار كقوله أنت طالق طلاق لا طالق وطلاق وان صح الآخر من جهة المعنى (قوله وان أضاف الطلاق الى جملتها أو الى ما يعبر به عن الجملة وقع) ومثل المضاف الى الجملة بقوله أنت طالق والمضاف الى ما يعبر به عن الجملة برقبتك طالق ولا يخفى أن الاضافة فيهما معا الى ما يعبر به عن الجملة من لفظ أنت ورقبتك الخ والتحقيق ان ما يعبر به عن الجملة اما بالوضع أو بالتجوز وقوله لان التاء ضمير المرأة هو أحد الاقوال فى أنت انه برمته ضمير أو التاء وان عماد أو ان واللواحق حروف تدل على خصوص المراد (قوله أو يقول رقبتك طالق أو عنقك أو روحك أو بدنك أو جسدك أو فرجك أو وجهك) هذه أمثلة ما يعبر به عن كل الانسان وذكر استعمالاتها فيها وأما قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الفروج على السروج فغريب جدا وأبعد الشيخ علاء الدين حيث استشهد بما أخرجه ابن عدى فى الكامل عن ابن عباس رضى الله عنهما قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ذوات الفروج أن يركبن السروج وضعفه وأين لفظ ذات الفرج من كون لفظ الفرج يطلق على المرأة اطلاقا للبعض على الكل (قوله رأس القوم) أى أكبرهم (وياوجه العرب) يعنى يا أوجههم وبه يندفع ما أورد ان الاستدلال به فاسد لان معناه ان القوم كالجسد وفلان الرأس منه لا ان فلانا يعبر به عن القوم كلهم وكذا ما قيل معنى ياوجه العرب انك فى العرب بمنزلة الوجه لانه عبر به عن جملة العرب بالوجه وناداهم به ولا يتم استدلاله به على ان الوجه يعبر به عن الجملة الا اذا كان المراد من قولهم ياوجه العرب يا أيها العرب اهـ ومبنى كلامه على ان التركيب استعارة بالكناية شبهت العرب بالجسم الواحد لتحامل بعضهم على بعض وتألم بعضهم بتألم بعض فاثبت له الوجه ولا يخفى انه ليس بلازم لجواز كونه مجازا استعارة تحقيقية شبه الرجل بالرأس لشرفه على سائر الاعضاء لكونه مجمع الحواس وبالوجه لظهوره وشهرته فأطلق عليه رأس القوم ووجههم أى أشرفهم وقوله تعالى كل شئ هالك الا وجهه ويبقى وجه ربك أى ذاته الكريمة وأعتق رأسا ورأسين من الرقيق وأنا بخير ما دام رأسك سالما يقال مرادا به الذات أيضا (قوله ومن هذا القبيل الدم) يعنى فى رواية تطلق ويراد به الكل وهى رواية كتاب الكفالة قال لو كفل بدمه يصح ورواية كتاب العتق لا تصح فانه

(لان كل واحد منهما صالح للايقاع) بتقدير المبتدا فى الثانى كما لو قال أنت طالق وطالق (ولو أضاف الطلاق الى جملتها) مثل قوله أنت طالق لان التاء ضمير المرأة وذكر هذا وان كان قد علم مما قبله تمهيدا لذكر ما بعده (أو الى ما يعبر به عن الجملة مثل قولك رقبتك طالق) قال الله تعالى فتحرير رقبة ولم ترد الرقبة بعينها وكذلك العنق قال الله تعالى فظلت أعناقهم لها خاضعين ولم يرد الاعناق بعينها حيث لم يقل خاضعة وكلامه واضح

قوله لان كل واحد منهما صالح للايقاع بتقدير المبتدا فى الثانى) أقول فحينئذ كان الاليق للمصنف أن يقول فكأنه قال أنت طالق أنت الطلاق ثم أقول فان قيل كيف يصح تقدير المبتدا فى الثانى وهو منصوب لانه قد لا يلتفت الى الاعراب خصوصا فى العامى قال المصنف (أو الى ما يعبر به عن الجملة) أقول يعنى الى الجزء الذى يعبر به عن جملة الانسان من حيث هو انسان فلا يرد اليد والعين لان التعبير فيهما من حيث انه ناظر وجاسوس فليتأمل والتفصيل فى مباحث البيان فى المطول قبيل الاستعارة (قال المصنف ويقال فلان رأس القوم وياوجه العرب) أقول والكلام وان كان على التشبيه الا انه يعلم منه جواز استعارة الرأس لفلان وكذا الوجه بترك التشبيه الا انه لا يدل هذا على جواز ارادة الشخص نفسه من الرأس المضاف الى ضمير الخطاب كما فى سيد القوم وسيدك والاظهر أن يستدل بقولهم أمرى حسن ما دام رأسك سالما وقولهم فى الدعاء يعيش رأسك قال وقوله تعالى ويبقى وجه ربك

ولوقال يدك طالق أورجلك لم يقع الطلاق وقال زفر والشافعي يقع وكذا الخلاف في كل جزء معين لايعبر به عن جميع البدن كالاصبع والشعر والسن والظفر لهما انه جزء مستمتع بعقد النكاح وكل جزء مستمتع بعقد النكاح يكون محلا لحكم النكاح وما كان محلا لحكم النكاح كان محلا للطلاق لانه رافعه فيكون محلا لاحله فاذا أضيف اليه الطلاق ثبت الحكم فيه توفية لحق الاضافة ثم يسرى الى الكل كما في الجزء الشائع فان قيل لو كان الجزء المعين محلا لحكم النكاح لانعقد النكاح اذا أضيف اليه ثم يسرى الى الكل أجاب بقوله بخلاف ما اذا أضيف اليه النكاح لان السراية ممتنعة اذ الحرمة في سائر الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء فيمتنع عن السريان (وفي الطلاق الامر على القلب) يعني الحرمة في هذا الجزء تغلب الحل في سائر الاجزاء وقوله (ولنا انه أضاف الطلاق الى غير محله)

(وكذلك ان طلق جزأ شائعا منها مثل أن يقول نصفك أو ثلثك) طالق لان الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره فكذا يكون محلا للطلاق الا انه لايتجزأ في حق الطلاق فيثبت في الكل ضرورة (ولوقال يدك طالق أو رجلك طالق لم يقع الطلاق) وقال زفر والشافعي يقع وكذا الخلاف في كل جزء معين لايعبر به عن جميع البدن لهما انه جزء مستمتع بعقد النكاح وما هذا حاله يكون محلا لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق فيثبت الحكم فيه قضية للاضافة ثم يسرى الى الكل كما في الجزء الشائع بخلاف ما اذا أضيف اليه النكاح لان التعدى ممتنع اذ الحرمة في سائر الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء وفي الطلاق الامر على القلب ولنا انه أضاف الطلاق الى غير محله فيلغو كما اذا أضافه الى ريقها أو ظفرها وهذا لان محل الطلاق ما يكون فيه القيد لانه ينبئ عن رفع القيد ولا قيد في اليد ولهذا لاتصح اضافة النكاح اليه بخلاف الجزء الشائع لانه محل للنكاح عندنا حتى تصح اضافته اليه فكذا يكون محلا للطلاق

قال اذا قال دمك حر لايعتق وفي الخلاصة صحح عدم الوقوع (قوله وكذلك ان طلق جزأ شائعا) يعني يقع عليها كنصفها وربعها وسدسها لان الشائع محل التصرفات كالبيع وغيره كالاجارة (قوله ولوقال يدك طالق أورجلك) وهذا يقابل معنى الاول أي الجزء المعين الذي يعبر به عن الجملة كرقبتك فانه جزء معين لايعبر به عن الجملة ومنه الاصبع والدبر لايقع الطلاق باضافته اليه خلافا لزفر والشافعي ومالك وأحمد ولا خلاف ان بالاضافة الى الشعر والظفر والسن والريق والعرق والحمل لايقع والعتاق والظهار والايلاء وكل سبب من أسباب الحرمة على هذا الخلاف فلوظاهر او آلى أو أعتق إصبعها لايصح عندنا ويصح عندهم وكذا العفو عن القصاص وما كان من أسباب الحل كالنكاح لاتصح اضافته الى الجزء المعين الذي لايعبر به عن الكل بلاخلاف (قوله لهما) حاصله قياس مركب نتيجة الاول انه أي الجزء المعين الذي لايعبر به عن الجملة محل لحكم النكاح فجعل صغرى ويضم اليها وما كان محلا لحكم النكاح يكون محلا للطلاق ينتج الجزء المعين الذي لايعبر به عن الجملة محل للطلاق وبالقياس الفقهي جزء هو محل لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق كالجزء الشائع وهذا على قول طائفة من الشافعية فانهم اختلفوا في كيفية وقوعه بالاضافة الى الجزء المعين فقيل يقع عليه ثم يسرى كما في العتق قال الغزالي هو ظاهر المذهب في العتق لا في الطلاق وقيل يجعل الجزء معبرا به عن الكل فيقع باللفظ قالوا وتظهر ثمرة الخلاف فيما لوقال ان دخلت الدار فيمينك طالق فقطعت ثم دخلت ان قلنا بالسراية لايقع وان قلنا بالعبارة عن الكل يقع (قوله ولنا الخ) حاصله منع محليته للطلاق بمنع علية كونه محلا للحل

ظاهر وتوضيحه ان اليد والرجل ونحوهما أطراف وهي اتباع لامحالة فاذا ورد عليها ما دخل الاتباع كما في شراء تلك الرقبة فيكون ذكر الاصل ذكرا للتبع وأما ذكر التبع فلا يكون ذكر الاصل فان قيل سلمنا ذلك لكن عبر النبي صلى الله عليه وسلم باليد عن جميع البدن في قوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترده أجيب بأن المراد به صاحب اليد على حذف المضاف وعندنا ان الزوج اذا قال أردت اضمار صاحبها طلقت وانما الكلام من حيث الحقيقة قال شمس الائمة الحلواني اذا قال لها رأسك طالق وعنى اقتصار الطلاق على الرأس لايبعد أن نقول بأنها لاتطلق ولوقال يدك طالق وأراد به العبارة عن جميع البدن لايبعد أن نقول بأنها تطلق

(قوله كالاصبع والشعر والظفر) أقول فعلى هذا يكون قول المصنف وظفرها ردا للمختلف الى المختلف (قوله أجيب بأن المراد به صاحب اليد على حذف المضاف وعندنا ان الزوج اذا قال أردت اضمار صاحبها طلقت) أقول يمكن أن يدعى مثل ذلك في لعن الله الفروج كما جاء مصرحا به في بعض الروايات وكذا في قوله تعالى فتحرير رقبة وغيره وقيل تأنيث الفعل يأبى عن تقدير المضاف ولايخفى عليك ان التأنيث بناء على اكتسابه اياه من المضاف اليه والشرط موجود لان الاخذ يسند الى اليد أيضا (قوله وانما الكلام من حيث الحقيقة) أقول يعني بدون الاضمار

واختلفوا في الظهر والبطن والاظهر انه لا يصح لانه لا يعبر بهما عن جميع البدن (وان طلقها نصف تطليقة أو ثلثها كانت) طالقا (تطليقة واحدة) لان الطلاق لا يتجزأ وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر الكل وكذا الجواب في كل جزء سماه لما بينا

لكونه محلا للطلاق بل محله ما فيه قيد النكاح والقيد وهو منعها من الفعل مع الغير وأمرها به معه أي تسليمها نفسها وعنه كان تخصيصها به هو حكم النكاح أولا ثم يثبت الحل تبعا له حكما لهذا الحكم والطلاق ينبئ عن رفع القيد فيكون وضعه لرفع ذلك ويرتفع الحل تبعا لرفعه كما ثبت تبعا لثبوته وهذا القيد المعنوي ليس في اليد ولا في غيرها من أجزاء الهوية لان المنع خطاب ولا يتعلق بالاجزاء الخارجية بل بمسمى العاقل المكلف ولهذا جاز النكاح وان لم يكن لها يد وحل الاستمتاع بالاجزاء المعينة تبع في ذلك بخلاف الجزء الشائع اذ لا وجود للمسمى بدونه فكان محلا للنكاح فكذا الطلاق ووقوعه بالاضافة الى الرأس باعتبار كونه معبرا به عن الكل لا باعتبار نفسه مقتصرا ولذا نقول لو قال الزوج عنيت الرأس مقتصرا قال الحلواني لا يبعد أن يقال لا يقع لكن ينبغي أن يكون ذلك فيما بينه وبين الله تعالى اما في القضاء اذا كان التعبير به عن الكل عرفا مشتهرا لا يصدق ولو قال عنيت باليد صاحبها كما أراد عز قائلا في قوله عز قائلا ذلك بما قدمت يداك أي قدمت وعناه صلى الله عليه وسلم في قوله على اليد ما أخذت حتى ترد وتعارف قوم التعبير بها عن الكل وقع بالاضافة اليها لان الطلاق مبني على العرف ولذا لو طلق النبطي بالفارسية يقع ولو تكلم به العربي ولا يدريه لا يقع ولا مناقشة في هذا انما الخلاف في ان ما علك تبعا هل يكون محلا لاضافة الطلاق اليه على حقيقته دون صيرورته عبارة عن الكل فاما على مجازه في الكل لا اشكال انه يقع يدا كان أو رجلا بعد كونه مستعملا لغة أو لغة قوم (قوله واختلفوا في الظهر والبطن والاظهر انه لا يصح لانه لا يعبر بهما عن كل البدن) وكذا لو قال ظهرك على أو بطنك على كظهر أمي أي لا يكون مظاهرا وقوله صلى الله عليه وسلم لا صدقة الا عن ظهر غنى الظهر مقحم فيه أما لو كان فيهم ما عرف في ارادة الكل بهما ينبغي أن يقع ولذا لا يقع بالاضافة الى البضع وما في بعض النسخ لو قال بضعك طالق يقع قال شمس الائمة الحلواني تصحيف انما هو بعضك أو نصفك وفي الخلاصة استك طالق كفرجك طالق بخلاف الدبر قال شارح عندي فيه نظر لان الاست بمعنى الدبر وليس بذاك لان البضع بمعنى الفرج أيضا ويقع في الفرج دون البضع لجواز تعارف أحدهما في الكل دون الآخر والاوجه ان محل النظر كونه كفرجك طالق لما ذكرنا ان المدار تعارف التعبير به عن الكل وكون الفرج عبر به عن الكل لا يلزم كون الاست كذلك وهذا لان حقيقة الامر أن يقال يقع بالاضافة الى اسم جزء يعبر به عن الكل فان نفس الجزء لا يتصور التعبير به هذا وقد يقال على المصنف ان كان المعتبر في كون اللفظ يعبر به عن الكل شهرته فيجب ان لا يقع بالاضافة الى الفرج أو وقوع استعماله من بعض أهل اللسان فيجب أن لا يذكر الخلاف في اليد لما ثبت من استعمالها في الكل في القرآن والحديث على ما ذكرناه وأيضا ظاهر الكلام ان المضاف الى الجزء الشائع والمعبر به عن الكل صريح اذ لم يشترط في الوقوع به النية والصراحة بغلبة الاستعمال ومعلوم انتفاء الطلاق كذلك (قوله وان طلقها نصف تطليقة أو ثلثها كانت تطليقة) وكذا الجواب في كل جزء سماه كالثمن أو قال جزء من ألف جزء من تطليقة وقال نفاة القياس لا يقع به لان بعض الشيء غيره والمشروع الطلاق لا غيره ولا يخفى ان المراد بغيره ما ليس اياه والا فالبعض عند المتكلمين ليس نفسا ولا غيرا والجواب ان الشرع ناظر الى صون كلام العاقل وتصرفه ما أمكن ولذا اعتبر العفو عن بعض القصاص عفوا عنه فلما لم يكن للمذكور جزء كان ذكره كذكر كله تصحيحا كالعفو

واذا قال ظهرك طالق أو بطنك طالق اختلف المشايخ فيه فقال بعضهم يقع الطلاق لان الظهر والبطن في معنى الاصل اذ لا يتصور النكاح بدونهما بخلاف اليد والرجل قال المصنف (والاظهر انه لا يصح) أي الايقاع بكل واحد منهما لانه لا يعبر بهما عن جميع البدن ولهذا لو قال ظهرك أو بطنك على كظهر أمي لا يكون مظاهرا (وان طلقها نصف تطليقة أو ثلثها طلقت تطليقة واحدة) لانه ذكر بعض ما لا يتجزأ وهو الطلاق اذ وصف التطليق أو ثلثه غير مشروع وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر الكل كالعفو عن بعض القصاص صيانة للكلام عن الالغاء وتغليبا للمحرم على المبيح واعمالا للدليل بقدر الامكان لانه اذا أقام الدليل على البعض وهو مما لا يتجزأ وجب اكماله والا لزم ابطال الدليل (وكذا الجواب في كل جزء سماه) والنصف كالربع والثمن والسدس وغيرها (لما بينا) انه لا يتجزأ

(ولو قال لها أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثا لان نصف تطليقتين تطليقة) فثلاثة انصاف تطليقتين يكون ثلاث تطليقات ضرورة وهذه المسئلة من خواص مسائل الجامع الصغير قال فخر الاسلام انما أورد يعني محمدا هذه المسئلة لاشكال وهو ان كل عدد نصفته لا يكون الا نصفين فالقول بالثلاثة في ذلك يجب ان يلغو والجواب انه أراد بهذه التسمية الطلاق يعني أراد ثلاث طلقات واستعمل في ذلك ثلاثة انصاف تطليقتين باعتبار ما ذكرنا ان نصف تطليقتين اذا كان تطليقة فثلاثة أنصافهما تكون ثلاث تطليقات ومن الناس من قال لا يقع شئ لانه مهمل لا معنى له ومنهم من يقول يقع واحدة لان ذكر العدد كان لغوا فبقي قوله أنت طالق ولقائل ان يقول هذا الكلام اما ان يكون حقيقة فيما أراد

أو مجازا ولا سبيل الى الاول لان اللفظ لم يستعمل فيما وضع له ولا الى الثاني لعدم تصور الحقيقة وعدم الاتصال. والجواب انه مجاز وتصور الحقيقة ليس بشرط لجوازه عند أبي حنيفة والاتصال موجود لانه من باب ذكر الجزء وارادة الكل وطولب بالفرق بين ما اذا قال لها أنت طالق ثلاثة ارباع تطليقتين لم تطلق الا اثنتين ولم ينقل وقد أوقع ثلاث مرات ربع تطليقتين وربع التطليقتين نصف تطليقة ومن أوقع على امرأته ثلاث مرات نصف تطليقة طلقت ثلاثا وأجيب بان جواب هذا اللفظ غير محفوظ وبعد التسليم فالفرق واضح بين فان الاجزاء التي أوقعها هناك وهي ثلاثة أرباع موجودة في التطليقتين لان ربع تطليقتين نصف تطليقة فثلاثة ارباع تطليقتين تطليقة ونصف فيقع تطليقتان فلا وجه الى صرف الكلام عن ظاهره وههنا الاجزاء التي أوقعها غير موجودة في التطليقتين اذ ليس للتطليقتين ثلاثة انصاف فلا حاجة لتصحيح كلامه سوى تصحيح كلام العاقل على ما ذكرنا (ولو قال أنت طالق ثلاثة انصاف تطليقة قيل يقع طلقتان) وهو المنقول عن محمد في الجامع الصغير واليه ذهب الناطفي في الاجناس والعتابي في شرح الجامع الصغير وقال العتابي هو الصحيح لان ثلاثة انصاف تطليقة تكون تطليقة ونصف تطليقة فصار كقوله أنت طالق واحدة ونصف تطليقة وقال بعض المشايخ يقع ثلاثة لان كل نصف يكون طلقة واحدة لان الطلاق لا يقبل التجزئة فيصير ثلاثة انصاف تطليقة ثلاث طلقات لا محالة

(ولو قال لها أنت طالق ثلاثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثا) لان نصف التطليقتين تطليقة فاذا جمع بين ثلاثة أنصاف تكون ثلاث تطليقات ضرورة ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لانها طلقة ونصف فيتكامل وقيل يقع ثلاث تطليقات لان كل نصف يتكامل في نفسه فتصير ثلاثا

(قوله ولو قال لها أنت طالق ثلاثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثا لان نصف التطليقتين تطليقة فاذا جمع بين ثلاثة انصاف يكون ثلاث تطليقات ضرورة) وقيل ينبغي أن لا تقع الثالثة لان في ايقاعها اشكالا لان ثلاثة انصاف تطليقتين يحتمل ما ذكر ويحتمل كونها طلقة ونصفا لان الطلقتين اذا انتصفتا صارتا أربعة أنصاف فثلاثة منها طلقة ونصف فتكمل طلقتين وهذا غلط من اشتباه قولنا انصفنا طلقتين ونصفنا كلا من طلقتين والثاني هو الموجب للاربعة الانصاف وهو احتمال في ثلاثة أنصاف تطليقتين فيثبت في النية لا في القضاء لان الظاهر هو ان نصف التطليقتين تطليقة لا نصفا تطليقتين (قوله ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لانها طلقة ونصف فيتكامل) وهذا هو المنقول عن محمد في الجامع الصغير واليه ذهب الناطفي والعتابي وعرف منه انه لو قال نصفي تطليقة يقع واحدة (وقيل يقع ثلاث تطليقات لان كل نصف يتكامل في نفسه فتصير ثلاثا) والثلاث كالجمع اختصارا للمتعاطفات فكأنه قال نصف تطليقة ونصف تطليقة ونصف تطليقة ولو قيل ان المعنى نصف تطليقة ونصفها الآخر ومثله بالضرورة اذ ليس للشئ الا نصفان فيقع ثنتان اتجه لان نصفها ونصفها أجزاء طلقة واحدة كقوله نصف طلقة وسدسها وثلثها حيث يقع واحدة لاتحاد مرجع الضمير بخلاف نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة حيث يقع ثلاث لان النكرة اذا أعيدت نكرة فالثانية غير الاولى فأوقع من كل تطليقة جزءا ولو زاد أجزاء الواحدة مثل نصف طلقة وثلثها وربعها وقعت ثنتان للزوم كون الجزء الاخير من أخرى وعلى هذا لو قيل يقع ثلاث اذا قال نصف طلقة وثلثها وسبعة أثمانها لم يبعد الا ان الاصح في اتحاد المرجع وان زادت أجزاء واحدة ان تقع واحدة لانه أضاف الاجزاء الى واحدة نص عليه في المبسوط والاول هو المختار عند جماعة من المشايخ ولو قال لاربع نسوة له بينكن تطليقة طلقت كل واحدة واحدة وكذا اذا قال بينكن تطليقتان أو ثلاث أو أربع الا اذا نوى ان كل تطليقة بينهن جميعا فيقع في التطليقتين على كل منهما تطليقتان وفي الثلاث ثلاث ولو قال بينكن خمس تطليقات ولا نية له طلقت كل تطليقتين

(قوله وتصور الحقيقة ليس بشرط لجوازه عند أبي حنيفة رحمه الله) أقول فينبغي أن تكون المسئلة خلافية (قوله لانه من باب ذكر الجزء وارادة الكل الخ) أقول فيه انه لا يعقل كون ثلاثة انصاف جزأ لشئ الا أن يكتفى بجزئية النصف

(ولو قال أنت طالق من واحدة الى ثنتين أو ما بين واحدة الى ثنتين فهي واحدة ولو قال من واحدة الى ثلاث أو ما بين واحدة الى ثلاث فهي ثنتان وهذا عند أبي حنيفة وقالا في الاولى هي ثنتان وفي الثانية ثلاث) وقال زفر في الاولى لا يقع شئ وفي الثانية تقع واحدة وهو القياس لان الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط

وكذا ما زاد الى ثمان فان زاد على الثمان فقال تسع طلقت كل ثلاثا ولا يخفى الوجه وكذا لو قال أشركتكن في ثلاث تطليقات فلفظ بين ولفظ الاشراك سواء بخلاف ما لو طلق امرأتين له كل واحدة واحدة ثم قال لثالثة أشركتك فيما أوقعت عليهما يقع عليها تطليقتان لانه شركها في كل تطليقة وفي آخر باب الطلاق من المبسوط لو قال فلانة طالق ثلاثا ثم قال أشركت فلانة معها في الطلاق وقع على الاخرى ثلاث بخلاف ما تقدم لان هناك لم يسبق وقوع شئ فينقسم الثلاث بينهن نصفين قسمة واحدة وهذا قد أوقع الثلاث على الاولى فلا يمكنه أن يرفع شيأ مما أوقع عليها باشراك الثانية وانما يمكنه أن يسوي الثانية بها بايقاع الثلاث عليها ولانه أوقع الثلاث على الاولى فكلامه في حق الثانية اشراك في كل واحدة من الثلاث فكأنه قال بينكما ثلاث تطليقات وهو يوجب ان كل تطليقة بينهما وقد ورد استفتاء فيمن قال لزوجته أنت طالق ثلاثا وقال لاخرى أشركتك فيما أوقعت عليها وللثالثة أشركتك فيما أوقعت عليهما وبعد ان كتبنا تطلق الثلاث ثلاثا ثلاثا قلنا ان وقوعهن على الثالثة باعتبار انه أشركها في ست وفي المبسوط أيضا لو قال لامرأتين أنتما طالقتان ثلاثا ينوي ان الثلاث بينهما فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى فيه فتطلق كل منهما ثنتين لانه من محتملات لفظه لكنه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء فتطلق كل ثلاثا وكذا لو قال لاربع أنتن طوالق ثلاثا ينوي ان الثلاث بينهن فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى فتطلق كل واحدة واحدة وفي القضاء تطلق كل ثلاثا (قوله أنت طالق من واحدة الى ثنتين أو ما بين واحدة الى ثنتين فهي واحدة ولو قال من واحدة الى ثلاث أو ما بين واحدة الى ثلاث فهي ثنتان) وهذا التفصيل عند أبي حنيفة وقالا في الاولى وهي قوله من واحدة الى ثنتين وما بين واحدة الى ثنتين يقع ثنتان وفي الثانية وهي قوله من واحدة الى ثلاث وما بين واحدة الى ثلاث يقع ثلاث وقال زفر في الاولى لا يقع شئ وفي الثانية يقع واحدة وتسمية الصورتين أولى ثم الصورتين ثانية باعتبار اتحاد مدخول الى في الصورتين فالاولى ما كان مدخول الى ثنتين والثانية ما كان مدخولها ثلاثا ثم قال المصنف في قول زفر وهو القياس لان الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط واعلم ان زفر لا يدخل الحدين لا الاول ولا الثاني والعرف أن يراد بالغاية المتأخرة فقط مدخولة الى وحتى لانها المنتهى فوجه ما ذكر المصنف باستعمال الغاية في الحد أي الحد من الطرفين لا يدخل تحت المضروب له الحد والمضروب له هو المبيع مثلا فلا يدخل الحدان فيه فكذا في الطلاق وقد صرح بتسمية الاولى غاية في وجه أبي حنيفة حيث قال ثم الغاية الاولى والمراد بالقياس قضية اللفظ لا القياس الاصولي لان زفر انما بنى جوابه على قضية اللفظ كما يفيده جوابه المنقول للاصمعي حين سأله عند باب الرشيد عن قول الرجل أنت طالق ما بين واحدة الى ثلاث فقال تطلق واحدة لان كلمة ما بين لا تتناول الحدين وكذلك من واحدة الى ثلاث لان الغاية لا تدخل تحت المغيا فألزمه في قول الرجل كم سنك فقال من ستين الى سبعين أن يكون عمره تسع سنين فيكون ايراده مسئلة البيع ذكر محل باعمال اللفظ كالدليل السمعي بذكر محل اعماله ليبين انه غير متروك الظاهر لا للقياس عليها والحاصل ان ذكر البيع على هذا زيادة على تمام الدليل لا أصل للقياس فيكون جزء الدليل ثم قد نسب الى أبي حنيفة ما نسب الى الاصمعي غير انه قال له في الالزام كم سنك فقال له زفر ما بين ستين الى سبعين فقال له أبو حنيفة سنك اذا تسع سنين وهذا بعيد اذ يبعد ان يحب فيما بين واحدة الى

قال (ولو قال أنت طالق من واحدة الى ثنتين) اذا طلقها مشتملا كلامه على الغايتين فاما أن تدخل الغايتان وهو قولهما أو لا تدخلا وهو قول زفر أو يدخل الابتداء دون الانتهاء وهو قول أبي حنيفة والقسم الرابع وهو أن يدخل الانتهاء دون الابتداء لم يقل به أحد وجه قول زفر ان غاية الشئ لا تدخل فيه والا لم يكن غاية كما في المحسوسات كقوله بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط وهو قياس محض وروى ان أبا حنيفة حجه حيث قال له كم سنك فقال ما بين ستين الى سبعين فقال له اذن أنت ابن تسع سنين فتحير وروى فخر الاسلام ان الاصمعي هو الذي حجه على باب الرشيد قال له ما تقول فيمن قال لامرأته أنت طالق ما بين واحدة الى ثلاث قال تطلق واحدة لان كلمة ما بين لا تتناول الحدين فقال له ما تقول في رجل قيل له كم سنك فقال ما بين ستين الى سبعين يكون ابن تسع سنين فتحير زفر واستحسن في مثل هذا ويلزم على قوله ان من قال من واحدة الى واحدة لا يقع شئ وقيل يقع واحدة لانه لما جعل الشئ الواحد حدا ومحدودا لغا آخر كلامه لعدم تصور ذلك وبقي أنت طالق

(قوله لغا آخر كلامه) أقول يعني قوله من واحدة الى واحدة

ووجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام في العرف يراد به الكل كما يقال لغيره خذ من مالي من درهم الى مائة ولابي حنيفة ان المراد بمثل هذا الكلام الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر وهو ما بينهما فانهم يقولون سني من ستين الى سبعين أو ما بين ستين الى سبعين و يريدون ما ذكرناه يعني الاكثر من الاقل أو الاقل من الاكثر قيل فيه نظر لانه لا يتمشى في قوله من واحدة الى ثنتين وأجيب بأنه يتمشى فيه أيضا لان الاكثر فيه الثلاث والاقل الواحد والاكثر من الاقل والاقل من الاكثر الثنتان وليس بشيء لان قوله لان الاكثر فيه يعني في الطلاق وليس الكلام في الاكثر في الطلاق وانما الكلام في الاقل والاكثر في كلام المتكلم والثلاث غير مذكور فيه وأقول قوله ان المراد به الاكثر من الاقل معناه اذا كان بينهما عدد كما في قوله من واحدة الى ثلاث وقوله سني من ستين الى سبعين وقوله والاقل من الاكثر معناه اذا لم يكن بينهما ذلك كما في قوله من واحدة الى ثنتين وعلى هذا يسقط الاعتراض وقوله (وارادة الكل) جواب عن قولهما يراد به الكل كما يقال لغيره خذ من مالي من درهم الى مائة وهو ظاهر

وجه قولهما وهو الاستحسان أن مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل كما تقول لغيرك خذ من مالي من درهم الى مائة ولابي حنيفة رحمه الله أن المراد به الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر فانهم يقولون سني من ستين الى سبعين وما بين ستين الى سبعين و يريدون به ما ذكرناه وارادة الكل فيما طريقه طريق الاباحة كما ذكر اذ الاصل في الطلاق هو الحظر

ثلاث ونحوه بذلك ثم يقال له كم سنك فيجيب بلفظ ما بين دون أن يقول خمسة وستين ونحوه مع ظهور ورود الالزام حينئذ الا وقد أعد جوابه فلم يكن بحيث ينقطع على انه روى انه قال عند الزام الاصمعي استحسن في مثل هذا والذي يتبادر في وجه استحسانه ان في قول الرجل سني ما بين الستين الى السبعين عرفا في ارادة الاقل من الاكثر والاكثر من الاقل ولا عرف في الطلاق اذ لم يتعارف التطليق بهذا اللفظ فيبقى على ظاهره وقد قيل من طرفه غير هذا وهو ان ما بين العددين المذكورين أكثر من ستين فكيف يكون تسعة وهذا بناء على ان ما بين ستين وسبعين احد وستون واثنان وستون الى تسع وستين لا واحدة الى تسعة وانما يصح اذا لم يعتبر الحد الاول خارجا عن مسمى لفظ ما بين كذا وكذا والظاهر انه خارج وجواب زفر حيث قال لا يتناول الحدين صريح فيه والاوجه ما ذكرناه والله أعلم (**قوله وجه قولهما** وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل) كقول الرجل خذ من مالي من عشرة الى مائة وبع عبدي بما بين مائة الى ألف وكل من الملح الى الحلو له أخذ المائة والبيع بألف وأكل الحلو (**قوله** ولابي حنيفة ان المراد في العرف الاقل من الاكثر والاكثر من الاقل) ولا يخفى ان المراد أن ذلك انما هو اذا كان بين الحدين متخلل فانه لا يتحقق في نحو من درهم الى درهمين ارادة مجموع الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر في نحو طالق من واحدة الى ثنتين انتفى ذلك العرف منه عنده فوجب اعمال طالق فيقع واحدة ولا يعترض بانه لا يتأتى في من واحدة الى ثنتين لانه لم يذكر الا لما يصدق عليه ولم يدع انه جار في غيره ليعترض بانه لم يصدق في عدم متخلل مع أنه مسوق لنفي قولهما يجب الاكثر والحاصل ان قول كل من الثلاثة استحسان بالتعارف بالنسبة الى قول زفر الا انهما أطلقا فيه وأبو حنيفة يقول انما وقع كذلك فيما مرجعه اباحة كالمثل المذكورة أما ما أصله الحظر حتى لا يباح الا لدفع الحاجة فلا والطلاق منه فكان قرينة على عدم ارادة الكل غير ان الغاية الاولى لا بد من وجودها ليترتب عليها الطلقة الثانية في صورة ايقاعها وهي صورة من واحدة الى ثلاث اذ لا ثانية بلا أولى ووجود الطلاق عين وقوعه بخلاف الغاية الثانية وهي ثلاث في هذه الصورة فانه يصح وقوع الثانية بلا ثالثة أما صورة من واحدة الى ثنتين فلا حاجة الى ادخالها الا انها انما دخلت ضرورة ايقاع الثانية وهو منتف وايقاع الواحدة ليس باعتبار ادخالها غاية بل بما ذكرنا من انتفاء العرف فيه فلا يدخلان و يقع بطالق وهذا كما صحح في قوله من واحدة الى واحدة انه يقع واحدة عند زفر خلافا لما قيل لا يقع عنده شيء لعدم التخلل ووجهه بانه يلغو قوله من واحدة الى واحدة لامتناع كون الواحد مبدأ الغاية ومنتهى و يقع

قوله (وأجيب بأنه يتمشى الى قوله والاقل من الاكثر ثنتان) أقول فيلزم أن يقع الثنتان عند قوله من واحدة الى اثنتين عند أبي حنيفة رحمه الله وليس كذلك (قوله وانما الكلام في الاقل والاكثر في كلام المتكلم والثلاث غير مذكور فيه) أقول لا نسلم ذلك ألا يرى انه لو قال من واحدة الى عشر يقع ثنتان عند أبي حنيفة رحمه الله والمسئلة في شرح الكنز للزيلعي وفتح القدير (قوله وأقول قوله ان المراد به الاكثر من الاقل معناه اذا كان بينهما عدد الخ) أقول فيه بحث فانه اذا تخلل بينهما شيء يراد الاقل من الاكثر والاكثر من الاقل فلا وجه للتخصيص الذي ذكره الشارح ولا يلائمه قول المصنف فانهم يقولون سني من ستين فليتأمل (قوله معناه اذا لم يكن بينهما ذلك) أقول لا بد لذلك من دليل ولم يذكر من طرف أبي حنيفة رحمه الله

ثم الغاية الاولى لابد أن تكون موجودة ليترتب عليها الثانية ووجودها بوقوعها بخلاف البيع لان الغاية فيه موجودة قبل البيع ولو نوى واحدة يدين ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر

بطالق واحدة كذا هنا يجب أن يلغو من واحدة الى ثنتين عنده ثم يقع بطالق واحدة وأورد اذا قيل طالق ثانية لا يقع الا واحدة أجيب بأن ثانية لغو فيقع بانت طالق واحدة بخلاف قوله هنا من واحدة الى ثلاث فانه كلام معتبر في ايقاع الثانية فلا يتحقق ذلك الا بعد ايقاع الاولى فان قيل لفظ ما بين هذا وهذا يستدعي وجود الامرين ووجودهما وقوعهما فيقع الثلاث والجواب ان ذلك في المحسوسات اما ما نحن فيه من الامور المعنوية فانما يقتضي الاول واحتمال وجود الثاني عرفا ففي من الستين الى السبعين يصدق اذا لم يبلغ السبعين بل منتظره ولم يعد مخطئا في التكلم به لافادة ذلك القدر بقي أن يقال ان هذا ان انتهض عليهما الا ينتهض على زفر لما تقدم انه يقال من طرفه لا عرف في الطلاق فلا يلزم ادخال الغاية الاولى لان ما بين انما يتناول الثانية لا من حيث هي ثانية الواقع بل من حيث هي ما بين الواحدة والثلاث فلا احتياج الى ادخالها ضرورة ايقاع الثانية في من واحدة الى ثلاث ولما لم يثبت تعارف مثل ذلك التركيب في الطلاق وجب اعتبار مؤدى أجزاء لفظه وهي لا توجب الا دخول ما بين الحدين ولا مخلص الا بادعاء ان العرف أفاد ان مثله يراد به ذلك في أي مادة وقع وقد لا يسلمه زفر (قوله بخلاف) جواب عن قياس زفر على مسئلة من هذا الحائط الى هذا الحائط بالفرق بان التطليقة الثانية واقعة ولا وجود لها الا بوقوع الاولى فوقعت ضرورة بخلاف الغاية في البيع فانها لم تدع ضرورة الى ادخالها في المغيا فبقيت الغايتان خارجتين وأنت علمت ان الاستدلال على الاقوال الثلاثة ليس الا بقضية اللفظ ومسئلة البيع لا لظهار ان اللفظ لم يترك ظاهره فتحقيق الفرق على قول أبي حنيفة ان العرف فيه ارادة الاكثر من الاقل الى آخره فاقتضى في من واحدة الى ثلاث وقوع ثنتين لانهما الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر فلزم وقوع الاولى بخلاف بعت من هذا الحائط الى هذا الحائط لان التعارف انما وقع في الاعداد نحو من ستين الى سبعين وما بين ستين الى سبعين ونحوه فبقي اللفظ في غيرها على مقتضاه لغة فلا تدخل الغايتان وبه اندفع سؤال ان ما بين يقتضي وجود الطرفين فيقعان كقولهما فان العرف أعطى ان قضيته عدم وقوع الثانية ﴿فرعان﴾ لو قال من واحدة الى عشرة يقع ثنتان عند أبي حنيفة وقيل يقع ثلاث لان اللفظ معتبر في الطلاق حتى لو قالت طلقني ستا بألف وطلقها ثلاثا وقعت الثلاث بخمسمائة ولو قال ما بين واحدة وثلاث وقعت واحدة نقل عن أبي يوسف بخلاف ما اذا كان غاية وكذا يجب عند الكل الا ان كان فيه العرف الكائن في الغاية (قوله ولو نوى واحدة) أي في من واحدة الى ثلاث وفي ما بين واحدة الى ثلاث اذا كان فيه عرف الغاية (قوله لانه خلاف الظاهر) وفيه تخفيف عليه

وقوله (ثم الغاية الاولى) جواب عن قول زفر ووجهه ان القياس أن لا تدخل الغايتان كما ذكرت الا ان الغاية الاولى لابد أن تكون موجودة لانه أوقع الثانية ولا يصح الا بعد وجود ما يترتب عليه الثانية ووجودها بوقوعها وقوله (بخلاف البيع) جواب عن قوله كما لو قال بعتك من هذا الحائط ووجه ذلك ان القياس فاسد لان الغاية في المقيس عليه موجودة قبل جعلها غاية فلا ضرورة في ادخالها أما في صورة النزاع فانها ليست بموجودة ولا بد من وجودها ليترتب عليها الثانية ووجودها بوقوعها والحاصل انا لم نقل بان الغاية تدخل وانما قلنا انه لابد من وجودها لضرورة الثانية ونوقض بما لو قال أنت طالق تطليقة ثانية لم يقع الا واحدة لم يضطر فيه الى الاولى لعدم وقوع الثانية وأجيب بان قوله ثانية صار لغوا بخلاف قوله من واحدة الى ثلاث فانه كلام معتبر في ايقاع الطلاق بالاتفاق لا يتحقق ذلك الا بعد وقوع الاولى ولو نوى في قوله من واحدة الى ثلاث وما بين واحدة الى ثلاث واشباههما واحدة صدق ديانة لانه محتمل كلامه لا قضاء لانه خلاف الظاهر لما ذكرنا ان مثل هذا الكلام يراد به الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر

(قوله ولا بد من وجودها الخ) أقول اذا كانت الطلقة الاولى موجودة قبل هذا الكلام ينبغي أن يقع بهذا الكلام واحدة عنده (قوله وأجيب بأن قوله ثانية صار لغوا الخ) أقول لم لا تثبت الطلقة الاولى اقتضاء ويلغو كلام العاقل ينبغي أن يتأمل فيه واعز وجهه صون فعله عن الكراهة فان ايقاع الطلقتين معا مكروه كما سبق (قوله
وسيجيء نظيره في رأس الورقة الثانية وتفصيله ان صون كلامه عن الالغاء وصون فعله عن الكراهة تعارضا فبقي الاصل وهو عدم الاقتضاء (قوله في ايقاع الطلاق بالاتفاق) أقول يعني منا ومن زفر (قوله ولو نوى في قوله من واحدة الى ثنتين الخ) أقول فيه بحث فانه اذا قال من واحدة الى ثنتين أو ما بين واحدة الى ثنتين تقع واحدة عند أبي حنيفة رحمه الله قضاء وديانة فما وجه هذا الكلام ويجوز أن يقال مراده يصدق عندهما وفي أشباههما يصدق عنده وعندهما فليتأمل فان بيانه قول المصنف لما ذكرنا عما بين يأبى عن هذا

(ولو قال أنت طالق واحدة فى ثنتين ونوى الضرب والحساب أو لم تكن له نية فهى واحدة وقال زفر يقع ثنتان لعرف الحساب) فيما بينهم ان واحدة فى ثنتين اثنان (ولنا ان عمل الضرب فى تكثير الاجزاء لا فى زيادة المضروب) لان الغرض به ازالة كسر يقع عند القسمة فمعنى واحدة فى ثنتين واحدة ذات جزأين وتكثير أجزاء الطلقة لا يوجب تعددها) كما لو قال أنت طالق طلقة ونصفها أو ثلثها أو ربعها وسدسها أو ثمنها لم يقع الا واحدة (فان نوى واحدة وثنتين فهى ثلاث لانه يحتمله لان

(ولو قال أنت طالق واحدة فى ثنتين ونوى الضرب والحساب أو لم تكن له نية فهى واحدة) وقال زفر تقع ثنتان لعرف الحساب وهو قول الحسن بن زياد ولنا ان عمل الضرب أثره فى تكثير الاجزاء لا فى زيادة المضروب وتكثير أجزاء الطلقة لا يوجب تعددها (فان نوى واحدة وثنتين فهى ثلاث) لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف ولو كانت غير مدخول بها تقع واحدة كما فى قوله واحدة وثنتين وان نوى واحدة مع ثنتين تقع الثلاث لان كلمة فى تأتى بمعنى مع كما فى قوله تعالى فادخلى فى عبادى أى مع عبادى ولو نوى الظرف تقع واحدة لان الطلاق لا يصلح ظرفا فيلغو ذكر الثانى (ولو قال اثنتين فى اثنتين ونوى الضرب والحساب فهى ثنتان) وعند زفر ثلاث لان قضيته أن تكون أربعا لكن لا مزيد للطلاق على الثلاث وعندنا الاعتبار للمذكور الاول على ما بيناه

(قوله ولو قال أنت طالق واحدة فى ثنتين ونوى الضرب والحساب) عالما بعرف الحساب (فهى واحدة) ففيما اذا لم تكن له نية أولى أن تقع واحدة وقال زفر والحسن بن زياد يقع ثنتان بعرف الحساب وهو قول مالك والشافعى فى وجه اذا لم يعرف الحساب لكنه قصد موجبه عند الحساب فلو كان ممن يعرف الحساب وقصد موجبه عندهم وقع ثنتان وجها واحدا وبه قال أحمد وعندنا يقع واحدة بكل حال وجه قول زفر ان عرفهم فيه تضعيف أحد العددين بعدد الآخر فقوله واحدة فى ثنتين كقوله واحدة مرتين أو ثنتين مرة وثنتين فى ثنتين ثنتين مرتين فكأنه قال طالق أربعا فيقع الثلاث فالالزام بانه لو كان كذلك لم يبق فقير فى الدنيا لا معنى له أصلا لان ضربه درهمه مثلا فى مائة ألف ان كان على معنى الاخبار كقوله عندى درهم فى مائة فهو كذب وان كان على الانشاء بجعلته فى مائة لا يمكن لانه لا يجعل بقوله ذلك مائة فليس ذلك الكلام بشئ (قوله أثره فى تكثير المضروب لا فى زيادة العدد) والطلقة التى جعل لها أجزاء كثيرة لا تزيد على طلقة ولا يخفى ان هذا لا معنى له بعد قولنا ان عرف الحساب فى التركيب اللفظى كون أحد العددين مضعفا بعدد الآخر فان العرف لا يمنع والفرض انه تكلم بعرفهم وأراده فصار كما لو أوقع بلغة أخرى فارسية أو غيرها وهو يدريها (قوله فان نوى واحدة وثنتين) بقوله واحدة فى ثنتين وهى مدخول بها وقعت ثلاثة لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف فصح أن يراد به معنى الواو ولو كانت غير مدخول بها وقعت واحدة كما لو قال لها أنت طالق واحدة وثنتين وان نوى معنى لفظة مع وقعت ثلاث عليها مدخولا بها كانت أو غير مدخول بها كما لو قال لغير المدخول بها طالق واحدة مع ثنتين وارادة معنى لفظة مع بها ثابت كما فى قوله تعالى فادخلى فى عبادى أى مع عبادى وفى الكشاف ان المراد فى جملة عبادى وقيل فى أجساد عبادى ويؤيده قراءة فى عبدى فهى على حقيقتها على هذا ولا يخفى ان أولها مع عبادى ينبو عنه وادخلى جنتى فان دخولها معهم ليس الا الى الجنة فالاوجه أن يستشهد على ذلك بنحو قوله تعالى ويتجاوز عن سيئاتهم فى أصحاب الجنة وعن الاحتمال المذكور لو وقع مثله فى الاقرار بان قال له على عشرة فى عشرة وادعى الخصم الجميع أى مجموع الحاصل على الاصطلاح يحلفه القاضى انه ما أراد الجميع أما لو أراد معنى الظرف لغا ولم يقع الا المذكور أولا ففى

الواو للجمع والظرف يجمع المظروف) وقوله (ولو كانت غير مدخول بها) واتضح (وان نوى واحدة مع ثنتين وقع الثلاث) سواء كانت مدخولا بها أو لم تكن (لان كلمة فى تأتى بمعنى مع كما فى قوله تعالى فادخلى فى عبادى) عند بعض أهل التأويل وهذا لان أحد العددين لا يصلح أن يكون ظرفا للآخر وبين الظرف والمظروف معنى المعية فاستعير له (ولو نوى الظرف تقع واحدة) لان الطلاق معنى فهى لا يصلح أن يكون ظرفا للغير فيلغو ذكر الثانى (ولو قال اثنتين فى اثنتين ونوى الضرب والحساب) والضرب تضعيف أحد العددين بقدر ما فى العدد الآخر كالاربعة فى الخمسة يحصل عشرون لان العشرين تضعيف الاربعة خمس مرات أو تضعيف الخمسة أربع مرات (فهى ثنتان) وعند زفر ثلاث لان قضيته أن تكون أربعا بعرف الحساب (لكن لا مزيد للطلاق على الثلاث وعندنا الاعتبار للمذكور الاول على ما بيناه)

يعنى فى قوله ان عمل الضرب فى تكثير الاجزاء لا فى زيادة المضروب

قال المصنف (كما فى قوله تعالى فادخلى فى عبادى) أقول أنت خبير بأنه لا منع هنا عن حمل فى على الظرفية بل هى الظاهرة قال ابن الهمام ولا يخفى ان أولها مع ينبو عنه وادخلى جنتى فان دخولها معهم ليس الا الى الجنة فالاوجه أن يستشهد على ذلك بنحو قوله تعالى ويتجاوز عن سيئاتهم فى أصحاب الجنة انتهى

(ولو قال أنت طالق من هنا الى الشام فهى واحدة يملك الرجعة وقال زفر هى بائنة لانه وصف الطلاق بالطول) والطول يستعمل فى القوة وقوة الشئ انما تظهر باستناعه عن قبول الابطال وذلك فى البائن دون الرجعى فان قيل اذا صرح بذكر الطول فقال أنت طالق تطليقة طويلة وقع رجعيا عنده فكيف صح تعليله بالطول أجيب بأنه اذا قال الى الشام كنى عن الطول والكناية

أقوى من التصريح لكونها دعوى الشئ ببينة رموضه علم البيان وأقول هذه خطابية لا تكاد تنهض فى مقام الاستدلال وقيل يجوز أن يكون عنده فى هذه المسئلة روايتان وهذا أقرب (وقلنا لا بل وصفه بالقصر لانه اذا وقع وقع فى الاماكن كلها) فتخصيصه بذكر الشام تقصير بالنسبة الى ماوراءه (ولو قال أنت طالق بمكة أو فى مكة فهى طالق فى الحال فى كل البلاد وكذا لو قال أنت طالق فى الدار لان الطلاق لا يختص بمكان دون آخر)

قال المصنف (لانه وصف الطلاق بالطول) أقول قال الزيلعى لا يقال انه لو صرح بالطول لا يكون بائنا عنده فكيف يمكن ايقاع البائن عنده بهذا القول لانا نقول الكناية أقوى من الصريح فجاز أن يختلف ألا يرى ان قولهم فلان كثير الرماد أبلغ فى الوصف بالكرم من قولهم جواد ولان قوله الى الشام يفيد الطول والعرض فجاز أن تقع به البينونة عنده بخلاف ما اذا وصفه بالطول

(ولو قال أنت طالق من هنا الى الشام فهى واحدة يملك الرجعة) وقال زفر هى بائنة لانه وصف الطلاق بالطول قلنا لا بل وصفه بالقصر لانه متى وقع وقع فى الاماكن كلها (ولو قال أنت طالق بمكة أو فى مكة فهى طالق فى الحال فى كل البلاد وكذلك لو قال أنت طالق فى الدار) لان الطلاق لا يختص بمكان دون مكان

واحدة فى ثنتين واحدة وفى ثنتين فى ثنتين ثنتان اتفاقا لان الطلاق لا يصلح لحقيقة الظرف فيلغو الثانى (قوله ولو قال أنت طالق من هنا الى الشام فهى واحدة رجعية وقال زفر بائنة لانه وصف الطلاق بالطول) وأورد عليه انه لو قال طالق طلقة طويلة أو عريضة كانت رجعية عند زفر فكيف يعلل البينونة هنا بالطول أجيب باحتمال كونه يفرق بين وصفه بالطول صريحا فيوقع به الرجعى وكناية فيوقع به البائن لان الاثبات بطريق الكناية أبلغ منه بالصريح كما فى كثير الرماد لانه أبلغ من جواد لانه اثبات الجود له ببينة أعنى كثرة الرماد وانه تعليل على مذهبنا الزاما كانه قال لما قال من هنا الى الشام فقد وصفه بالطول ولو وصفه بالطول صريحا بأن قال طلقة طويلة تقع بائنة عندكم فكذا كناية بالاولى لما قلنا وقد فعل له مثل ذلك حيث علل سقوط النية فى صوم رمضان عن الصحيح المقيم بالقياس على صاحب النصاب اذا دفعه الى الفقير بعد الحول ولم ينو الزكاة مع ان الزكاة لا تسقط عنده اذا تصدق بجميع النصاب بعد الحول كذلك أو ان عنه فى المسئلة روايتين كما جوزه فى الكافى لان بعض المشايخ قال فى دليله لانه وصفه بالطول ولو قال أنت طالق طلقة طويلة كان بائنا كذا هنا ولان قوله من هنا الى الشام يفيد الطول والعرض فجاز أن لا تحصل البينونة عنده بأحدهما وتحصل بالوصف بهما لانه يفيد العظم فكأنه قال كالجبل لكن مقتضى هذا أن لا يقتصر على قوله لانه وصفه بالطول بل يقول لانه وصفها بالطول والعرض (قوله قلنا بل وصفه بالقصر لانه متى وقع الطلاق وقع فى كل الدنيا وفى السموات) ثم هو لا يحتمل التقصر حقيقة فكان قصر حكمه وهو بالرجعى وطوله بالبائن ولانه لم يصفها بعظم ولا كبر بل مدها الى مكان وهو لا يحتمل ذلك أصلا فلم يثبت بهذا اللفظ زيادة شدة فلا بينونة وقال التمرتاشى انه غاية المرأة لا الطلاق ووجهه انه حال ولا يصلح صاحب الحال فى التركيب الا الضمير فى طالق (قوله ولو قال أنت طالق بمكة أو فى مكة طلقت فى الحال) وكذا فى الدار وان لم يكن فى مكة ولا الدار وكذا فى الظل والشمس والثوب كالمكان فلو قال طالق فى ثوب كذا وعليها غيره طلقت للحال وكذا اذا قال أنت طالق وأنت مريضة وان قال عنيت اذا لبست واذا مرضت دين فيما بينه وبين الله تعالى لا فى القضاء لما فيه من التخفيف على نفسه كما اذا قصد بقوله بمكة أو فى مكة اذا دخلت مكة فانه يتعلق بالدخول ديانة لا قضاء (قوله لان الطلاق لا يختص بمكان دون مكان) المعنى ان الطلاق لا يتصور ان يتعلق بمكان بعينه دون غيره لان الطلاق المعنى به رفع القيد الشرعى معدوم فى الحال وقد جعل الشارع لمن له التخلص بلفظ وضعه تعالى سببا لذلك ان يعلق وجوده بوجود أمر معدوم حتى اذا وجد حكم سبحانه بوجود المعنى وهو رفع القيد وضعا شرعيا لازوما عقليا والزمان والافعال هما الصالحان لذلك لان كلا منهما معدوم فى الحال ثم يوجد أو قد يوجد فتعين التعليق وجود الطلاق بوجود كل منهما بخلاف المكان الذى هو عين ثابتة فلا يتصور الاناطة به ولو أناط به قبل وجوده فالمناط انما هو

لانه لا يستعظم بما ذكره فى الكافى وجائز أن يكون له روايتان وفى الغاية يحتمل أن يستفاد من قوله من ههنا الى الشام وجوده المبالغة فى الطول أى بالطول الكثير فحذفت الصفة كقوله تعالى يأخذ كل سفينة غصبا أى كل سفينة صحيحة أو صالحة أو سليمة انتهى وفى قول صاحب الكافى ولان قوله الى الشام يفيد الطول والعرض بحث لان العرض غير مذكور فى دليله على ما ذكر فى هذا الكتاب

وقوله (وان عنى به) ظاهر وقوله (عند تعذر الظرفية) انما تعذر الظرفية لان الفعل لا يصلح ظرفا للطلاق على أن يكون شاغلا له فيحمل على الشرط لمقاربة أي لمناسبة بين الشرط والظرف لان الظرف يسبق المظروف كما ان الشرط يسبق المشروط قال شمس الائمة وقيل لان الظرف يجامع المظروف كما ان الشرط يجامع المشروط

وان عنى به اذا أتيت مكة يصدق ديانة لا قضاء لانه نوى الاضمار وهو خلاف الظاهر وكذا اذا قال أنت طالق وأنت مريضة وان نوى ان مرضت لم يدين في القضاء (ولو قال أنت طالق اذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة) لانه علقه بالدخول ولو قال أنت طالق في دخولك الدار يتعلق بالفعل لمقاربة بين الشرط والظرف فحمل عليه عند تعذر الظرفية

﴿فصل﴾ في اضافة الطلاق الى الزمان (ولو قال أنت طالق غدا وقع عليها الطلاق بطلوع الفجر) لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد وذلك بوقوعه في أول جزء منه ولو نوى به آخر النهار صدق ديانة لا قضاء لانه نوى التخصيص في العموم وهو يحتمله لكنه مخالف للظاهر

وجوده أو فعل الفاعل له فكان الصالح لتعليق وجود المعنى به الزمان والافعال ثم الزمان في الاضافة والتعليق يكون مستقبلا أما الحال فانما يكون معه التنجيز ووقوع المعلق وأما اضافته الى ماض خال عنه فليس في وسعه فيلغو ويصير أنت طالق فيقع به في الحال وانما فسرنا الطلاق برفع القيد ولم نقل هو فعل معدوم فناسب ان يتعلق بالزمان ويوجد عند وجوده لان الفعل لا يمكن ان يوجد بمجرد وجود ما علق عليه لتوقفه على فعل الفاعل له وانما يصح ذلك في أثره الشرعي لان حاصله تعلق خطابه بالحرمة عنده وهذا يمكن اعتباره شرعا فجعلنا المعلق رفع القيد لا فعل التطليق والله سبحانه أعلم

(قوله ولو قال في دخولك الدار أو مكة تعلق بالفعل) أي بالدخول كما لو صرح بالشرط لصحة استعارة الظرف لاداة الشرط لمقاربة بين معنى الشرط والظرف من حيث ان المظروف لا يوجد بدون الظرف كالمشروط لا يوجد بدون الشرط فيحمل عليه عند تعذر معناه أعني الظرف وكذا اذا قال في لبسك أو في ذهابك وقد بينا وجه صلاحية الفعل لذلك ولا فرق بين كون ما يقوم بها فعلا اختياريا أو غيره حتى لو قال في مرضك أو وجعك أو صلاتك لم تطلق حتى تمرض أو تصلي

﴿فصل في اضافة الطلاق الى الزمان﴾ ذكر في باب ايقاع الطلاق فصولا متعددة باعتبار تنوع الايقاع أي ما به الايقاع على ما قدمناه الى مضاف وموصوف ومشبه وغيره معلق بمدخول بها وغير مدخول بها وكل منها صنف تحت ذلك الصنف المسمى بابا كما ان الباب يكون تحت الصنف المسمى كتابا والكل تحت الصنف الذي هو نفس العلم المدون فانه صنف عال والعلم مطلقا يعني الادراك جنس وما تحته من اليقين والظن نوع والعلوم المدونة تكون ظنية كالفقه وقطعية كالكلام والحساب والهندسة فواضع العلم لما لاحظ الغاية المطلوبة له فوجدها تترتب على العلم بأحوال شتى أو أشياء من جهة خاصة فوضعه ليبحث عن أحواله من تلك الجهة فقد قيد ذلك النوع من العلم بعارض كلي فصار صنفا وقيل للواضع مصنف العلم أي جعله صنفا فالواضع أولى باسم المصنف من المؤلفين وان صح أيضا فيهم وعلم بما ذكرناه تباين مندرجة تحت صنف أعلى لتباين العوارض المقيد بكل منها النوع وان ما ذكر من نحو كتاب الحوالة اللائق به خلاف تسميته بكتاب (قوله ولو قال أنت طالق غدا وقع الطلاق عليها بطلوع فجره لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد) لان جميعه هو مسمى الغد ولو نوى آخر النهار جاز فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء لانه خلاف الظاهر (وقوله لانه نوى التخصيص في العموم) تنزيل للاجزاء

﴿فصل في اضافة الطلاق الى الزمان﴾ ذكر ههنا فصولا مترادفة بحسب اضافة الطلاق وتنويعه وتشبيهه اضافة الطلاق تأخير حكمه عن وقت التكلم الى زمان يذكر بعده بغير كلمة شرط (ولو قال أنت طالق غدا) على ما ذكره في الكتاب واضح وقوله (نوى التخصيص في العموم وهو) أي العموم (يحتمل التخصيص) فكان من محتملات كلامه ونية المحتمل صحيحة فيصدق ديانة (لكنه مخالف للظاهر) لان الغد اسم لجميع أجزاء النهار فلا يصدق قضاء ولقائل أن يقول العام ما يتناول أفرادا متفقة الحدود ولفظ الغد ليس كذلك وما يتوهم فيه من الاول والوسط والآخر فهو من أجزائه لا من أفراده وحينئذ لا يكون نية آخر النهار تخصيصا فلا عموم ولا تخصيص والجواب ان المراد به الحقيقة والمجاز فان الطلاق لفظ الكل وارادة الجزء مجاز لا محالة

﴿فصل في اضافة الطلاق﴾ قال المصنف (لانه نوى التخصيص في العموم) أقول فيه تجوز والمراد نوى الجزء من الكل فنزل الاجزاء منزلة الافراد والا فلفظ غد نكرة في سياق الاثبات فلا تعم (قوله لان الغد اسم لجميع أجزاء النهار) أقول وهذا لا يوافق كلام المصنف والموافق له أن يقول اسم لجميع أجزاء اليوم من طلوع الفجر الى غروب الشمس كما قاله الاتقاني

(ولو قال أنت طالق اليوم غدا أو غدا اليوم يؤخذ بأول الوقتين الذى تفوه به) فيقع فى الاول فى اليوم وفى الثانى فى الغد لانه لما قال اليوم كان تنجيزا والمنجز لا يحتمل الاضافة واذا قال غدا كان اضافة والمضاف لا يتنجز لما فيه من ابطال الاضافة فلغا اللفظ الثانى فى الفصلين

منزلة الافراد والا فلفظ غدا نكرة فى الاثبات فليس من صيغ العموم (قوله ولو قال أنت طالق اليوم غدا أو غدا اليوم يقع فى أول الوقتين الذى تفوه به) أما الاول فلانه تنجزه فلا يرجع متأخرا الى وقت فى المستقبل وأورد عليه انه لم يعتبر لاضافة أخرى لا لاضافة عين ما نجز والجواب ان اعتبار كلامه ايقاعا للحاجة وهى مرتفعة بالواحدة ولا ضرورة أخرى تجب لمراعاتها وقوع أخرى فانها اذا طلقت اليوم كانت غدا كذلك حتى لو كانت بالعطف بان قال أنت طالق اليوم وغدا أو أول النهار وآخره لا يقع الا واحدة لانها طالق فى الغد وآخر النهار بطلاقها فى اليوم وأول النهار وقد طولب بالفرق بين هذه وبين قوله أنت طالق اليوم اذا جاء غد فانها لا تطلق الا بطلوع الفجر فتوقف المنجز لاتصال مغير الاول بالآخر فلم يتوقف باتصال الاضافة كما توقف باتصال الشرط وكلاهما مغير للتنجيز فظهر انه مضاف لا انه طلاق آخر وعلى هذا التقرير يسقط الجواب بان ذكر الشرط يبين ان قوله اليوم لبيان وقت التعليق لا لبيان وقت الوقوع وما نحن فيه ليس فيه ذكر الشرط فيبقى قوله اليوم بيانا لوقت الوقوع وهو ظاهر وكذا يسقط الجواب بأن طالق اليوم ايقاع فى الحال واذا جاء غد تعليق فلا بد من اعتبار أحدهما للتنافى واعتبار المعلق أولى لان فى اعتباره الغاء كلمة واحدة وهى لفظة اليوم وفى اعتبار المنجز الغاء كلمات وهى قوله اذا جاء غد لانه لم يقع الفرق فى الجوابين بأنه لم توقف فلم يكن تنجيزا مع اتصال المغير الشرطى ولم لم يتوقف فكان تنجيزا مع اتصال المغير الاضافى فان قيل لم لم يجعل الثانى ناسخا أجيب بأن النسخ فرع ثبوت الاول وتقرره وتقرر الطلاق الاول وثبوته وقوعه فلا يمكن رفعه بعد ذلك وتأخيره وأما الثانى وهو قوله طالق غدا اليوم فلأنه وقع مستقيما مضافا وبعد ما صح مضافا الى غد لا يكون بعينه منجزا بل لو اعتبر كان تطليقة أخرى والغاء وصفها بتطليقة واحدة لانها لزمت اضافتها الى الغد فلزم الغاء اللفظ الثانى ضرورة ولا يمكن جعله ناسخا للاول لان النسخ انما يكون بكلام مستبد فى نفسه متراخ وهو منتف هنا فان قلت فما وجوه المسئلة اذا وسطت الواو فالجواب اذا قدم المتقدم من الوقتين كانت طالق أول النهار وآخره أو اليوم وغدا أو فى ليلك ونهارك وهو فى الليل أو قلبه وهو فى النهار وقعت واحدة لعدم الحاجة الى الاخرى لانها بطلاقها فى أول الوقتين تكون طالقا فى آخرهما ولو نوى أن يقع عليها اليوم واحدة وغدا واحدة صح ووقعت ثنتان وكذا طالق اليوم وغدا وبعد غد يقع واحدة بلا نية فان نوى ثلاثا متفرقة على ثلاثة أيام وقعن كذلك وان قدم المتأخر كطالق غدا واليوم أو فى نهارك وليلك وهو فى الليل أو قلبه وهو فى النهار فعن زفر كذلك تقع واحدة وعندنا يقع ثنتان لان الاول وقع مضافا صحيحا والواو فى عطف المفرد وهو المسمى بالجملة الناقصة يوجب تقدير ما فى الاولى بما بعدها فصار الحاصل أنت طالق غدا وأنت طالق اليوم وقد نقل الخلاف بيننا وبين زفر فيما لو قال أنت طالق كل يوم فعند زفر يقع ثلاث فى ثلاثة أيام لانه موقع فى كل يوم قلنا اللازم وهو كونها طالقا فى كل يوم يحصل بايقاعه فى هذا اليوم فقط غير متوقف على اعتباره موقعا كل يوم ولا يخفى ان نقل هذا الخلاف مع الرواية عنه فى طالق غدا واليوم يقع واحدة مشكل لان كل يوم اما أن يتعين اليوم وغدا وبعد غد الى آخر الزمان فتقع واحدة أو قلبه غدا وما بعده واليوم فكذلك وكذا لو قال أنت طالق أبدا لم تطلق الا واحدة فلو نوى ان يطلق كل يوم تطليقة أخرى صحت نيته وفى هذه المسئلة ما قدمناه من البحث أول كتاب الطلاق فى أنت طالق للسنة وحاصل ما يقع به جواب ما قدمناه ان صحة نية الثلاث اما باعتبار اضمار التطليق كأنه قال طالق كل يوم تطليقة أو باضمار فى كأنه قال فى كل يوم ولو قال فى كل يوم

(قوله ولو قال أنت طالق اليوم غدا) ظاهر واعترض انه لا يجعل غدا ظرفا لطلاق آخر وأجيب بأنه يحتاج الى تقدير أنت طالق والاصل خلافه فلا يصار اليه فى غير موضع الضرورة وفيه نظر لان صون كلام العاقل عن الالغاء نوع ضرورة والاولى ان يقال وصفها بالطلاق اليوم وغدا وبالطلقة الواحدة يحصل هذا المقصود فلا حاجة الى غيرها وعلى هذا كان كلامه مصونا عن الالغاء فان قيل هذا لا يتم فى الصورة الثانية وهى قوله أنت طالق غدا اليوم لانه وصفها بالطلاق غدا والموصوف به غدا لا يكون موصوفا به اليوم أجيب بأن ايقاع الثانية فيها يفضى الى المكروه وهى ايقاع الطلقتين دفعة واحدة فلا يسعى لاثباتها فيكون الثانى لغوا

(قوله أجيب بأن ايقاع الثانية فيها يفضى الى المكروه وهو ايقاع الطلقتين دفعة واحدة فلا يسعى لاثباتها الخ) أقول وهذا يجرى فى الصورة الاولى أيضا

(ولو قال أنت طالق فى غد) على ماذكره فى الكتاب ظاهر وقوله (على مابينا) اشارة الى قوله لانه نوى التخصيص فى العموم وهو يحتمله مخالفا للظاهر وقد علمت مافيه وقوله (ولابى حنيفة انه نوى حقيقة كلامه) قيل فيه اشارة الى الجواب عن قوله ما مخالفا للظاهر وتقريره ان خلاف الظاهر انما لا يدين فى القضاء اذا لم تكن نيته مصادفة لحقيقة كلامه وهنا صادفتها فيدين قضاء وديانة ألا ترى ان من حلف لا يتزوج النساء ونوى جميع النساء صدق قضاء وديانة وان كان مخالفا للظاهر لمصادفة نيته حقيقة كلامه. وفيه نظر لان الحقيقة لا تحتاج الى النية وانما يحتاج اليها ما هو من محتملات كلامه كالمجاز ويمكن أن يجاب عنه بعد معرفة أن فى غد لا يقتضى الاستيعاب وهو حقيقته وغد يقتضيه وهو حقيقته بدليل قوله تعالى انا لننصر رسلنا والذين

(ولو قال أنت طالق فى غد وقال نويت آخر النهار دين فى القضاء عند أبى حنيفة وقالا لا يدين فى القضاء خاصة) لانه وصفها بالطلاق فى جميع الغد فصار بمنزلة قوله غدا على ما بيناه ولهذا يقع فى أول جزء منه عند عدم النية وهذا لان حذف فى واثباته سواء لانه ظرف فى الحالين ولابى حنيفة انه نوى حقيقة كلامه لان كلمة فى للظرف والظرفية لا تقتضى الاستيعاب وتعين الجزء الاول ضرورة عدم المزاحم فاذا عين آخر النهار كان التعيين القصدى أولى بالاعتبار من الضرورى بخلاف قوله غدا لانه يقتضى الاستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة مضافا الى جميع الغد نظيره اذا قال والله لاصومن عمرى ونظير الاول والله لاصومن فى عمرى وعلى هذين الدهر وفى الدهر (ولو قال أنت طالق أمس وقد تزوجها اليوم لم يقع شئ) لانه أسنده الى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق

طلقت ثلاثا فى كل يوم واحدة وهو ما قاس عليه زفر وفرقوا بأن فى الظرف والزمان انما هو ظرف من حيث الوقوع فيلزم من كون كل يوم فيه وقوع تعدد الواقع بخلاف كون كل يوم فيه الاتصاف بالواقع (قوله ولو قال أنت طالق فى غد وقال نويت آخر النهار صدق فى القضاء عند أبى حنيفة وقالا لا يصدق فى القضاء خاصة) ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لهما انه وصفها بالطلاق فى جميع الغد فصار كقوله طالق غدا وفيه لا يصدق فى نيته آخره ولهذا أى ولانه وصفها بالطلاق فى جميع الغد يقع فى أول جزء منه اتفاقا عند عدم النية وهذا وهو كون وصفها بالطلاق فى جميع الغد وصيرورته بمنزلة غدا لان حذف لفظة فى مع ارادتها واثباتها سواء فاذا كان فى حذفه يفيد عموم الزمان ففى اثباته كذلك ولابى حنيفة ان ذكر لفظة فى يفيد وصل متعلقها بجزء من مدخولها أعم من كونه متصلا بجزء آخر أو كله أولا وانما يعرف خصوص أحدهما من خارج كما فى صمت فى يوم يعرف الشمول وأ كلت فى يوم يعرف عدمه لا مدلول اللفظ فاذا نوى جزأ من الزمان خاصا فقد نوى حقيقة كلامه لان ذلك الجزء من أفراد المتواطئ بخلاف ما اذا لم يذكر ووصل الفعل اليه بنفسه فان المفاد حينئذ عمومه للقطع من اللغة بفهم الاستيعاب فى سرت فرسخا وبعدمه فى سرت فى فرسخ وصمت عمرى وفى عمرى فنية جزء معين فيه خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء ومثل قوله فى غد قوله فى شعبان مثلا فاذا قال طالق فى شعبان فان لم تكن له نية طلقت حين تغيب الشمس من آخر يوم من رجب وان نوى آخر شعبان فهو على الخلاف (قوله ولو قال أنت طالق أمس) أو فى الشهر الذى خرج (وقد تزوجها اليوم لم يقع شئ) باجماع الفقهاء لانه أسند الطلاق الى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فكان حاصله انكار الطلاق

آمنوا فى الحياة الدنيا ويوم يقوم الاشهاد فانه لا استيعاب فيما فيه الحرف وهو ثابت فيما لا حرف فيه وبيانه ان الله تعالى ذكر نصرة الرسل والمرسل اليهم فى الدنيا مقرونة بحرف فى وذكر نصرتهم فى الآخرة غير مقرونة بها فى هذه الآية لان نصرة الله اياهم فى الآخرة دائمة وأما نصرتهم فى الدنيا فكانت تقع فى بعض الاوقات لانها دار الابتلاء وكل ما هو حقيقة فى أحدهما فهو مجاز فى الآخر واذا عرف هذا فيكون نية حقيقة الكلام من باب بيان التقرير وهو تأكيد الكلام بما يقطع احتمال المجاز فكان من الجائز قبل بيان نيته أن يكون مراده بقوله فى غد مجازه وهو الاستيعاب فاذا بينها قطع احتمال المجاز وموضعه أصول الفقه وباقى كلامه واضح بعد معرفة ماذكرناه (ولو قال أنت طالق أمس وقد تزوجها اليوم لم يقع شئ لانه أسنده الى حالة معهودة) أى معلومة (منافية لمالكية الطلاق) لانها لم تكن فى ملكه فى ذلك الوقت الذى أضاف اليه الطلاق

قال المصنف (وهذا لان حذف فى الخ) أقول أى كونه وصفها بالطلاق فى جميع الغد أو صيرورته بمنزلة غدا (قوله قيل فيه اشارة الى الجواب عن قوله ما مخالفا للظاهر الخ) أقول الظاهر ان كونه خلاف الظاهر غير مسلم عند أبى حنيفة رحمه الله. قال المصنف (حيث وصفها بهذه الصفة) أقول تنبيه ليس بدليل اذ لا ينكره الخصم فلا مصادرة (قوله فكان من الجائز قبل بيان نيته أن يكون مراده بقوله فى غد مجازه وهو الاستيعاب) أقول اذا كان الاستيعاب معنى مجازيا فى غد ينبغى ان لا يتعين الجزء الاول اذا لم يكن له نية فان المجاز يحتاج الى النية كما لا يخفى

(فيلغو كما اذا قال أنت طالق قبل أن أخلق) أو تخلق (ولانه أمكن تصحيحه إخبارا عن عدم النكاح) فكأنه قال ما كنت أمس في قيد نكاحي واذا أمكن ذلك صير اليه لكونه موضوعا له دون الانشاء وفيه نظر لان الطالق من اتصفت بوقوع طلاقها بتطليق الزوج وهو

كان هذا الزوج فليس بمستقيم لانها لم تكن في قيد نكاحه وان كان غيره فهو المذكور

غير متصور لان المطلق ان

بقوله (أو عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج) فيكون تكرارا وأيضا قوله أنت طالق موضوع للاخبار لغة ولا نسلم ان امكان المصير الى المفهوم اللغوى يمنع المصير الى المفهوم الشرعى فان ذلك يفضى الى ابطال كثير من المفهومات الشرعية والجواب عنهما أن قوله أنت طالق أمس لمن تزوجها اليوم إما لغو لعدم شرطه وهو الملك وقت الطلاق أو هو محمول على الاخبار عن عدم النكاح مجازا فان رفع النكاح يستلزم عدمه وامكان المصير الى المفهوم اللغوى انما لا يمنع المصير الى المفهوم الشرعى اذا لم يفض الى اللغو فاما اذا أفضى اليه منعه صونا لكلام العاقل عن الالغاء وقوله (أو عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج) يعنى ان هذه المرأة اما أن تكون مطلقة زوج آخر أولا فان كان الثانى جعل قوله أنت طالق أمس اخبارا عن عدم النكاح مجازا وان كان الاول جعل اخبارا عن

فيلغو كما اذا قال أنت طالق قبل أن أخلق ولانه يمكن تصحيحه إخبارا عن عدم النكاح أو عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج (ولو تزوجها أول من أمس وقع الساعة) لانه ما أسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه إخبارا أيضا فكان انشاء والانشاء في الماضي انشاء في الحال فيقع الساعة (ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوجك لم يقع شئ) لانه أسنده الى حالة منافية فصار كما اذا قال طلقتك وأنا صبي أو نائم أو يصحح إخبارا على ماذكرنا

فيلغو فكان كقوله أنت طالق قبل ان أخلق ولانه حين تعذر تصحيحه انشاء أمكن تصحيحه إخبارا عن عدم النكاح أى طالق أمس عن قيد النكاح اذ لم تنكحي بعد أو عن طلاق زوج كان لها ان كان بخلاف ما لو قال للعينة أنت طالق أنت طالق حيث يقع ثنتان لان الظاهر في التركيب الايقاع والانشاء فلا يعدل عنه الا لتعذره والصارف عنه الى محتمله وهو عدم صحة الانشاء منتف لبقاء المحلية بعد الطلقة الاولى إما بعود القيد بعد زواله لثبوت العدة كقول طائفة من المشايخ أو لبقائه متوقفا الى انقضاء العدة كقول المحققين ويشهد لهم انهم قالوا اذا قال كل امرأة لى طالق يقع على المطلقة الرجعية طلقة أخرى لبقاء المحلية في المطلقة رجعية لقيام العدة بعود القيد لانه لا يقع على المبانة مع قيام عدتها بخلاف ما لو قال لامرأته احدا كما طالق احدا كما طالق حيث يقع واحدة ويحمل على الاخبار ثانيا أو التأكيد الا أن يقصد التجديد لان الايقاع في المنكر ليس غالبا ولا الداعى الى تكثير الطلقات من اللجاج والبغضاء بحيث لا يقنع الزوج بواحدة موجودا فيه لان تحقق ذلك في المعينة لا في المنكرة ولو كان تزوجها أول من أمس وقع الساعة لانه ما أسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه إخبارا لكذبه وعدم قدرته على الاسناد فكان انشاء في الحال فيقع الساعة وعلى هذه النكتة حكم بعض المتأخرين من مشايخنا في مسئلة الدور المنقولة عن متأخرى الشافعية وهى ان طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثا بوقوع الطلاق وحكم أكثرهم انها لا تطلق بتنجيز طلاقها الا انه لو تنجز وقع المعلق قبله ثلاثا ووقوع الثلاث سابقا على التنجيز يمنع المنجز بوقوع المنجز والمعلق لان الايقاع في الماضى ايقاع في الحال ونقول أيضا ان هذا تغيير لحكم اللغة لان الاجزية تنزل بعد الشرط أو معه لا قبله ولحكم العقل أيضا لان مدخول أداة الشرط سبب والجزاء مسبب عنه ولا يعقل تقدم المسبب على السبب فكان قوله قبله لغوا البتة فبقى الطلاق جزاء للشرط غير مقيد بالقبلية ولحكم الشرع لان النصوص ناطقة بشرعية الطلاق وهذا يؤدى الى رفعها فيتفرع في المسئلة المذكورة وقوع ثلاث الواحدة المنجزة وثنتان من المعلقة ولو طلقها ثنتين وقعتا وواحدة من المعلقة أو ثلاثا وقعن فينزل الطلاق المعلق لا يصادف أهلية فيلغو ولو كان قال ان طلقتك فأنت طالق قبله ثم طلقها واحدة وقع ثنتان المنجزة والمعلقة وقس على ذلك (قوله ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوجك لم يقع شئ لانه أسنده الى حالة منافية فصار كقوله اذا طلقتك وأنا صبي أو نائم) أو مجنون وكان جنونه معهودا فان لم يكن معهودا طلقت للحال لانه أقر بطلاقها وأسنده الى حالة لم تعهد فيعتبر قوله في الاضافة (أو يصحح إخبارا على ماذكرناه) من كونه إخبارا

كونها مطلقة ذلك الزوج (ولو تزوجها أول من أمس وقع الساعة لانه ما أسنده الى حالة منافية) وهو واضح عن
(ولا يمكن تصحيحه إخبارا أيضا) وهذا على الوجه الاول واضح أيضا وأما على الوجه الثانى فانما يستقيم اذا كانت غير مطلقة لغيره من الازواج وأما اذا كانت مطلقة فلا يستقيم الا اذا جعل نكاح هذا الزوج رافعا لتلك النسبة وفيه ما فيه وقوله (ولو قال أنت طالق قبل ان أتزوجك) وما بعده واضح

(ولو قال أنت طالق مالم أطلقك أو متى لم أطلقك أو متى مالم أطلقك وسكت طلقت) لانه أضاف الطلاق الى زمان خال عن التطليق وقد وجد حيث سكت وهذا لان كلمة متى ومتى ما صريح في الوقت لانهما من ظروف الزمان وكذا كلمة ما قال الله تعالى مادمت حيا أى وقت الحياة . (ولو قال أنت طالق ان لم أطلقك لم تطلق حتى يموت) لان العدم لا يتحقق الا باليأس عن الحياة وهو الشرط كما في قوله ان لم آت البصرة وموتها بمنزلة موته هو الصحيح

عن عدم النكاح أو طلاق زوج متقدم (قوله ولو قال أنت طالق مالم أطلقك أو متى لم أطلقك أو متى مالم أطلقك وسكت طلقت) باتفاق العلماء لان متى ظرف زمان وكذا ما تكون مصدرية نائبة عن ظرف الزمان قال تعالى حكاية لكلام عيسى عليه السلام وأوصاني بالصلاة والزكاة مادمت حيا أى مدة دوامي حيا فصار حاصل المعنى اضافة طلاقها الى زمان خال عن طلاقها وبمجرد سكوته وجد الزمان المضاف اليه فيقع فلو قال موصولا أنت طالق بر حتى لو قال متى لم أطلقك فأنت طالق ثلاثا ثم وصل قوله أنت طالق قال أصحابنا بر ووقعت واحدة وقال زفر ثلاث ولو قال أنت طالق كلما لم أطلقك وسكت وقعت الثلاث متتابعة لا جملة لانها تقتضي عموم الافراد لا عموم الاجتماع فان لم تكن مدخولا بها بانت بواحدة فقط ولو قال حين لم أطلقك ولا نية له فهي طالق حين سكت وكذا زمان لم أطلقك وحيث لم أطلقك ويوم لم أطلقك وان قال زمان لا أطلقك أو حين لا أطلقك لم تطلق حتى تمضى ستة أشهر لان لم تقلب المضارع ماضيا مع النفي وقد وجد زمان لم يطلقها فيه فوقع وحيث للمكان وكم مكان لم يطلقها فيه فوقع الطلاق وكلمة لا للاستقبال غالبا فان لم تكن له نية لا يقع في الحال وانما يراد بحين ستة أشهر لانه أوسط استعمالاته اذ يراد به ساعة نحو قوله تعالى حين تمسون وحين تصبحون وستة أشهر نحو قوله سبحانه وتعالى تؤتي أكلها كل حين باذن ربها وأربعون سنة كما في قوله عز ذكره هل أتى على الانسان حين من الدهر والزمان كالحين لانهما سواء في الاستعمال (قوله ولو قال أنت طالق ان لم أطلقك لم تطلق حتى يموت) باتفاق الفقهاء لان الشرط أن لا يطلقها وذلك لا يتحقق الا باليأس عن الحياة لانه متى طلقها في عمره لم يصدق انه لم يطلقها بل صدق نقيضه وهو انه طلقها واليأس يكون في آخر جزء من أجزاء حياته ولم يقدره المتقدمون بل قالوا تطلق قبيل موته فان كانت مدخولا بها ورثته بحكم الفرار والا لا ترثه وقوله وهو الشرط يعني العدم (قوله كما في ان لم آت البصرة) اعطاء نظير والمراد ان كل شرط بان منفي حكمه كذلك وهو أن لا يقع الطلاق أو العتاق اذا علق به الا بالموت لما ذكرنا وزاد قيدا حسنا في المبتغى بالغين المعجمة قال اذا قال لامرأته ان لم تخبريني بكذا فأنت طالق ثلاثا فهو على الابد اذا لم يكن ثمة ما يدل على الفور انتهى ومن ثمة قالوا لو أراد أن يجامع امرأته فلم تطاوعه فقال ان لم تدخلي البيت معي فأنت طالق فدخلت بعد ما سكنت شهوته طلقت لان مقصوده من الدخول كان قضاء الشهوة وقد فات (قوله وموتها بمنزلة موته هو الصحيح) احترز به عن رواية النوادر انها لا تطلق بموتها لانه قادر على أن يطلقها وانما عجز بموتها وصار كقوله ان لم أدخل الدار فأنت طالق يقع بموته لا بموتها وجه الظاهر ان الوجه السابق ينتظم موتها وموته بخلاف تلك المسئلة فان بعد موتها تمكنه الدخول فلا يتحقق اليأس بموتها فلا يقع أما الطلاق فانه يتحقق اليأس منه بموتها واذا حكمنا بوقوعه قبيل موتها لا يرث منها الزوج لانها بانت قبل الموت فلم يبق بينهما زوجية حال الموت وانما حكمنا بالبينونة وان كان المعلق صريحا لانتفاء العدة كغير المدخول بها لان الفرض ان الوقوع في آخر جزء لا يتجزأ فلم يله الا الموت وبه تبين

وقوله (كما في قوله ان لم آت البصرة) يعني كما اذا قال لها أنت طالق ان لم آت البصرة لا يقع الطلاق حتى يقع اليأس عن الاتيان فاذا انتهى الى الموت فقد وقع اليأس فوجد الشرط والمحل قابل والملك باق فوقع فكذلك هنا (وموتها بمنزلة موته) يعني يقع الطلاق بموتها قبيل موته أيضا وقوله (هو الصحيح) احتراز عن رواية النوادر فانه قال فيها لا يقع الطلاق بموتها لان الزوج قادر على أن يطلقها مالم تمت وانما عجز بموتها فلو وقع الطلاق لوقع بعد الموت وهو نظير قوله ان لم آت البصرة وجه ظاهر الرواية ان الايقاع من حكمه الوقوع وقد تحقق العجز عن ايقاعه قبيل موتها لانه لا يعقبه الوقوع كما لو قال أنت طالق مع موتك فيقع الطلاق قبيل موتها بلا فصل ولا ميراث للزوج لان الفرقة وقعت بينهما قبيل موتها بايقاع الطلاق عليها والفرق بين رواية مسئلة الكتاب وبين قوله أنت طالق ان لم آت البصرة حيث لا يقع الطلاق بموتها فيه وفي مسئلة الكتاب يقع في ظاهر الرواية هو ان في مسئلة الكتاب تحقق شرط الوقوع وهو عدم التطليق في زمان تمكن التطليق وهو آخر جزء من أجزاء حياته فتطلق لوجود الشرط بخلاف قوله ان لم آت البصرة لانه لا يتحقق الشرط بموتها لانه قادر على اتيانه بصرة فلم يتحقق الشرط فلا يقع الطلاق قال

(ولو قال أنت طالق اذا لم اطلقك أو اذا مالم أطلقك لم تطلق حتى يموت) أقول اذا قال لها أنت طالق اذا لم أطلقك أو اذا مالم أطلقك فاما ان نوى شيأ أو لم ينو فان كان الاول فان نوى الوقت وقع في الحال وان نوى الشرط وقع في آخر العمر لان اللفظ يحتملهما ونية المحتمل صحيحة وان كان الثاني فقد اختلف فيه العلماء قال أبو حنيفة لم تطلق حتى يموت وقالا طلقت حين سكت الزوج

(ولو قال أنت طالق اذا لم أطلقك أو اذا مالم أطلقك لم تطلق حتى يموت عند أبي حنيفة وقالا تطلق حين سكت) لان كلمة اذا للوقت قال الله تعالى اذا الشمس كورت وقال قائلهم

واذا تكون كريهة ادعى لها * واذا يحاس الحيس يدعى جندب

فصار بمنزلة متى ومتى ماولهذا لو قال لامرأته أنت طالق اذا شئت لا يخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس كما في قوله متى شئت ولابي حنيفة أن كلمة اذا تستعمل في الشرط أيضا قال قائلهم

(قوله ولو قال أنت طالق اذا لم أطلقك أو اذا مالم أطلقك لم تطلق حتى يموت عند أبي حنيفة وقالا تطلق حين سكت لان كلمة اذا للوقت ككلمة متى قال الله تعالى اذا الشمس كورت وقال قائلهم) وهو ابن أحمر أو هني بن ضمرة

(واذا تكون كريهة ادعى لها * واذا يحاس الحيس يدعى جندب)

يعني أخاه الصغير وما قيل انه لعنترة العبسي فخطأ عند أهل المعرفة بالشان لانتفائه من ديوانه ولم يعرف لعنترة أخ اسمه جندب أصلا وانما له أخ من أمه اسمه شيبوب ثم لم تكن أمه بحيث تولا كل ابا ما شدادا حيسا لانها أبعد من ذلك عند من اطلع على قصته وقبل البيت المذكور

هل في القضية أن اذا استغنيتم * وأمنتم فانا البعيد الاجنب
واذا الشدائد بالشدائد مرة * أشجتكم فانا المحب الاقرب
واذا تكون كريهة ادعى لها * واذا يحاس الحيس يدعى جندب
هذا وجدكم الصغار بعينه * لا أم لي ان كان ذاك ولا أب
عجب لتلك قضية واقامتي * فيكم على تلك القضية أعجب

واعترض بعض المحشين بان كلا من الآية والبيت فيه معنى الشرط وجواب الاول علمت وجواب الثاني ادعى ويدعى وأيضا تنظيره لها بمتى غير صحيح لانها لا تتمحض للوقت أبدا وهما مبنيان على ان قوله للوقت يعني المحض ولا حاجة تدعو الى ذلك ولا يتوقف ثبوت مطلوبهما عليه بل المنقول لهما انه لا يسقط عنها معنى الوقت المجرد في المجازاة فأورد الشاهدين لهما للدلالة على قيام الوقت مع الشرط وليس لهما حاجة أن يبينا انها للوقت المجرد عن الشرط بل حاجتهما في اثبات الاجتماع ليكون دفعا ظاهرا لقول الكوفيين (قوله ولابي حنيفة انها تستعمل للشرط أيضا) يعني الشرط المجرد عن معنى الظرفية والا لا يفيد وهذا مذهب نقل عن الكوفيين واستشهد بقوله * واذا تصبك خصاصة فتجمل * حيث جزم بها فصارت محتملة لكل من الشرط المجرد عن الظرف والظرف اما على حد سواء واما على انها مجاز عنده في الشرط المجرد وكثر حتى صار كالظاهر فتساويا كما قيل ولذا صدقه القاضي في دعواه ارادة الشرط المجرد وبهذا يقع الفرق لهما بين هذه ومسئلة الحلف على أن لا يشرب من دجلة حيث صرفاها الى الشرب بالآنية وكرعا لان المجاز هناك غالب واحتاج أبو حنيفة الى الفرق لانه جزم هناك انها بالمعنى الحقيقي لا هنا وفرقه ان حكم الحقيقة وهو الحنث بالكرع ثابت فيه على اعتبار الحقيقة واعتبار المجاز لان حكمه أعم من ذلك ومن الشرب اغترافا فكان حكم الحقيقة ثابتا يقينا على كل حال فاعتبرت لذلك أي للتيقن بحكمها بخلاف المجاز بخلاف معنى الظرف هنا فانه يقتضي الوقوع في الحال وهو مناف لحكم المجاز

لان كلمة اذا موضوعة للوقت وتستعمل للشرط من غير سقوط الوقت كمتى وهو مذهب البصريين واستدل لهما بقوله تعالى اذا الشمس كورت لافادة الوقت الخالص في أمر مترقب أي منتظر لامحالة وبقوله

واذا تكون كريهة ادعى لها * واذا يحاس الحيس يدعى جندب

لافادته في أمر كائن في الحال وأشار بقوله فصار بمنزلة قوله متى ومتى ما الى عدم سقوط معنى الوقت عند استعماله شرطا واستوضح كونه بمعنى متى بقوله (ولهذا لو قال لامرأته أنت طالق اذا شئت لايخرج الامر من يدها بالقيام) كما في قوله متى شئت ولو كان بمعنى ان يخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس كما في ان (ولابي حنيفة ان كلمة اذا مشتركة بين الظرف والشرط يستعمل) فيهما وهو مذهب الكوفيين واستدل على ذلك بقول الشاعر في نصيحة ابنه

(قوله ولابي حنيفة رحمه الله ان كلمة اذا مشتركة الى قوله واستدل على ذلك بقول الشاعر الخ) أقول وفيه ان ماذكره على تقدير تسليم صحته لا يدل على الاشتراك فانه يجوز أن يكون استعماله في الآخر مجازا والحمل عليه أولى من الاشتراك على ما علم وسيجيء وانت

واستغن ما أغناك ربك بالغنى * واذا تصبك خصاصة فتجمل
فان أريد به الشرط لم تطلق فى الحال وان أريد به الوقت تطلق فلا تطلق بالشك والاحتمال

وأنت سمعت ان البصريين يمنعون سقوط معنى الظرف عنها وان استعملت شرطا كمتى فثبوت الاحتمالين على السواء ممنوع وأما كونها مجازا فى جزء معناها فلم يسمع يقينا وبتقدير احداثه بناء على عدم اشتراط النقل فى آحاد المجاز فكونه كثر استعماله حتى ساوى الحقيقة ممنوع ثم لا يخفى انه يجب على قولهما اذا أراد معنى الشرط أن لا يصدقه القاضى بل يصح ديانة لان الوجه عندهما ظهورها فى الظرف فراده خلاف الظاهر فلا يصدق فى القضاء والبيت المذكور له قائله عبد قيس بن خفاف بن عمرو بن حنظلة يوصى جبيلا ابنه بقصيدة فيها آداب ومصالح أولها

أجبيل ان أباك كارب يومه * فاذا دعيت الى المكارم فاعجل
أوصيك ايصاء امرئ لك ناصح * طبن بريب الدهر غير مغفل
الله فاتقه وأوف بنذره * واذا حلفت مماريا فتحلل
والضيف تكرمه فان مبيته * حق ولا تك لعنة للمنزل
واعلم بأن الضيف مخبر أهله * بمبيت ليلته وان لم يسئل
ودع القوارص للصديق وغيره * كى لا يروك من اللئام العزل
وصل المواصل ما صفا لك وده * واحذر حبال الخائن المتبذل
واترك محل السوء لا تحلل به * واذا نبا بك منزل فتحول
دار الهوان لمن رآها داره * أفراحل عنها كمن لم يرحل
واستأن حلمك فى أمورك كلها * واذا عزمت على الندى فتوكل
واستغن ما أغناك ربك بالغنى * واذا تصبك خصاصة فتجمل
واذا هممت بأمر شر فاتئد * واذا هممت بأمر خير فاعجل
واذا أتتك من العدو قوارص * فاقرص لذاك ولا تقل لم أفعل
واذا افتقرت فلا تكن متخشعا * ترجو الفواضل عند غير المفضل
واذا تشاجر فى فؤادك مرة * أمران فاعمد للأعف الأجمل
واذا لقيت القوم فاضرب فيهم * حتى يروك طلاء أجرب مهمل
واذا رأيت الباهشين الى الندا * غبرا أكفهم بقاع ممحل
فأعنهم وايسر بما يسروا به * واذا هموا نزلوا بضنك فانزل

وقد استعمل الشاعر اذا فيها للشرط فى اثنى عشر موضعا بالجزم ودخول فاء الجزاء ومعقل من عقلت الناقة بالعقل يريد عقلى بريب الدهر غير ممنوع وتجمل أى أظهر جميلا ولا تظهر جزعا وقيل كل الجميل المجمول وهو الشحم المذاب وأين هذا من الاول فى التأديب وفى المنتقى لو قال اذا طلقتك فأنت طالق واذا لم أطلقك فأنت طالق فمات قبل أن يطلق يقع عليها طلاقان لانه لما مات قبل التطليق حنث فى اليمين الثانية فيقع عليها طلاق وهذا الطلاق يصلح شرطا فى اليمين الاولى لانه وقع بكلام وجد بعد اليمين الاولى فحنث فى اليمينين فيقع طلاقان ولو قلب فقال اذا لم أطلقك فأنت طالق واذا طلقتك فأنت طالق فمات قبل أن يطلق يقع عليها واحدة لانه لما مات قبل التطليق صار حانثا فى اليمين الاولى فيقع الطلاق ولا يصلح شرطا فى الثانية لانه وقع بكلام وجد قبل اليمين الثانية فالشروط تراعى فى المستقبل لا الماضى ولم يذكر خلافا وانما هذا على قول أبى حنيفة أما على قولهما فيقعان بعد زمان يسير فى الاولى للوجه الاول بعينه وفى الثانية يقع واحدة كما سكت لانه حنث فى قوله اذا لم أطلقك فأنت طالق وكذا لو لم

واستغن ما أغناك ربك بالغنى * واذا تصبك خصاصة فتجمل ووجه ذلك ان اصابة الخصاصة من الامور المترددة وهى ليست موضع اذا فكانت بمعنى ان واستدل على جانب الظرفية اكتفاء بدليلها واذا كانت مشتركة لم يجز استعمالها فيهما دفعة (فان أريد به الشرط لم تطلق فى الحال وان أريد به الوقت طلقت فلا تطلق بالشك والاحتمال

(قوله ووجه ذلك أن اصابة الخصاصة من الامور المترددة الخ) أقول فيه كلام قال المصنف (واذا تصبك خصاصة فتجمل أقول الجزم فى قوله تصبك يدل على أنه للشرط

بخلاف مسئلة المشيئة لانه على اعتبار انه للوقت لايخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انه للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك والاحتمال وهذا الخلاف فيما إذا لم تكن له نية البتة أما اذا نوى الوقت يقع في الحال ولو نوى الشرط يقع في آخر العمر لان اللفظ يحتملهما (ولو قال أنت طالق مالم أطلقك أنت طالق فهي طالق بهذه التطليقة) معناه قال ذلك موصولا به والقياس أن يقع المضاف فيقعان ان كانت مدخولا بها وهو قول زفر رحمه الله لانه وجد زمان لم يطلقها فيه وان قل وهو زمان قوله أنت طالق قبل أن يفرغ منها وجه الاستحسان ان زمان البر مستثنى عن اليمين بدلالة الحال لان البر هو المقصود ولا يمكنه تحقيق البر الا أن يجعل هذا القدر مستثنى

يسكت حتى مات لان زمان قوله اذا طلقتك فأنت طالق زمان يوجد فيه تطليق فيقع قبل أن يفرغ منه وهذه ثلاث مسائل من الجامع الكبير أنت طالق اذا تزوجتك قبل أن أتزوجك وقلبه أنت طالق قبل أن أتزوجك اذا تزوجتك واذا تزوجتك فأنت طالق قبل أن أتزوجك ففي الصورتين الاوليين يقع عند التزوج اتفاقا وفي الثالثة كذلك عند أبي يوسف وعندهما لا يقع والاصل ان الطلاق اذا أضيف الى وقتين أحدهما يقبله والآخر لا صح ما يقبله وبطل ما لا يقبله وان الآخر ينسخ الاول وقيل واذا ظرفان وقبل لا يقبل الطلاق واذا تقبله فأضيف اليهما والهما في الفرق بين الثالثة وما قبلها ترجح جهة الشرط بدليل ذكر الفاء في الجزاء فالمعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده فصار كأنه قال عند التزوج أنت طالق قبل أن أتزوجك فلا يقع أولان الآخر وهو الاضافة الى قبل نسخ الاول وقوله (بخلاف مسئلة المشيئة لانه على اعتبار انه للوقت لايخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انه للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك) اعترض عليه بأن وقوع الشك في الشرطية والظرفية يوجب وقوعه في الحل والحرمة في الحال لانه على تقدير الشرطية تحل وعلى تقدير الظرفية تطلق فكان يجب أن تحرم تقديما للمحرم وهو اعتبار الظرف كما قالا وأجيب بأن هذا متروك في جميع صور التردد في الامر فانه لو شك في انتقاض طهارته جاء فيه ان على اعتبار الانتقاض تحرم الصلاة وعلى اعتبار عدمه تحل ومع هذا لا ترجح الحرمة وان كان مبنى الصلاة على الاحتياط لان الشك لا يوجب شيأ انما ذلك في تعارض دليل الحرمة مع دليل الحل فالاحتياط العمل بدليل الحرمة أما ههنا لو اعتبرنا الحرمة لم نعمل بدليل بل بالشك وهناك يقع العمل بالدليل والله سبحانه أعلم واعلم ان ما ذكره المصنف يشكل لانه يذكر ان الخلاف فيما اذا لم تكن له نية وحينئذ فقتضى الوجه في المشيئة أن على قولهما لا يخرج من يدها وعلى قوله يخرج وكذا اذا علم انه نوى ولم تدر نيته لعارض عراه وأما اذا عرفت بأن استفسر فقال أردت الزمان فيجب أن يصدق على قولهما ولا يخرج الامر من يدها وكذا على قوله لانه مقر على نفسه وان قال أردت الشرط صدق على قوله ولا يصدق على قولهما لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف على نفسه وأما في مسئلة الطلاق أعني قوله أنت طالق اذا لم أطلقك فان قال عنيت الزمان صدق عندهما وان قال عنيت الشرط لا يصدق عندهما لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف على نفسه وعلى قوله يصدق في الشرط وفي الظرف لكون كل منهما من محتملاتهما ان في الثاني تشديدا على نفسه (قوله ولو قال أنت طالق مالم أطلقك أنت طالق فهي طالق بهذه التطليقة) المنجزة فقط حتى لو كان قال أنت طالق ثلاثا مالم أطلقك أنت طالق وقعت واحدة وعند زفر ثلاث (معناه انه قال ذلك موصولا به) فلو فصل وقع المضاف والمنجز جميعا (والقياس أن يقع المضاف أيضا فيقعان ان كانت مدخولا بها) فان لم تكن مدخولا بها يقع المضاف وحده (وهو قول زفر لانه وجد زمان لم يطلقها فيه وان قل وهو زمان قوله أنت طالق قبل أن يفرغ منها وجه الاستحسان ان زمان البر مستثنى بدلالة حال الحالف) لان اليمين انما تعقد للبر فهو المقصود بها وهو غير ممكن هنا الا أن يجعل هذا القدر مستثنى وهو مقدار ما يمكنه تحقيق البر فيه من الزمان

(أصله

بخلاف مسئلة المشيئة لانه على اعتبار انه للوقت لايخرج الامر من يدها وعلى اعتبار أنه للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك) وفيه نظر لان الامر صار بيدها بقوله اذا شئت فلا يمكن أن يكون مخرجا للامر عن يدها والالزم أن يكون الشيء الواحد علة للضدين والجواب ما قررناه في التقرير فليطلب ثمة

(ولو قال لها أنت طالق مالم أطلقك أنت طالق) واضح وأوله بقوله (موصولا) لانه اذا قال ذلك مفصولا وقعتا قياسا واستحسانا لانه واجد الزمان الخالي عن التطليق

وقوله (واخوانه) يريد به نحو قوله لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه ولا يركب هذه الدابة (٦٩) وهو راكبها فنزعه في الحال ونزل عنها لا يحنث

أصله من حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته واخوانه على ما يأتيك في الايمان ان شاء الله تعالى (ومن قال لامرأة يوم أتزوجك فأنت طالق فتزوجها ليلا طلقت) لان اليوم يذكر ويراد به بياض النهار فيحمل عليه اذا قرن بفعل يمتد كالصوم والامر باليد لانه يراد به المعيار وهذا أليق به ويذكر ويراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والمراد به مطلق الوقت فيحمل عليه اذا قرن بفعل لا يمتد

(أصله من حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاشتغل بالنقلة من ساعته) بر عندنا خلافا لزفر فالمراد بالاصل هنا النظير لا أصل القياس لان الكل مختلف فيه بيننا وبين زفر (قوله ومن قال لامرأة يوم أتزوجك فأنت طالق فتزوجها ليلا طلقت لان اليوم يذكر ويراد به بياض النهار) وهو ظاهر (ويطلق ويراد به مطلق الوقت كقوله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره) والفرار من الزحف حرام ليلا ونهارا والافعال منها ما يمتد وهو ما يصح ضرب المدة له كالسير والركوب والصوم وتخيير المرأة وتفويض الطلاق كقوله أمرك بيدك يوم يقدم فلان واختاري نفسك يوم يقدم فيتعلق الحكم ببياض النهار فلو قدم فلان ليلا لا خيار لها أو نهارا دخل الامر في يدها الى الغروب لانه لما امتد كان الظاهر من ذكر اليوم دون حرف في ضرب المدة تقديرا وهو حقيقة في بياض النهار فيبقى معه الى أن يتعين خلافه كقولك أحسن الظن بالله يوم تموت واركب يوم يأتي العدو ومنها ما لا يمتد وهو ما لا يصح ضرب المدة له كالطلاق والتزوج والعتاق والدخول والقدوم والخروج فيجب حمل اليوم معه على مطلق الوقت لان ضرب المدة له لغو اذ لا يحتمله (والطلاق من هذا القبيل) فيقع ليلا تزوجها أو نهارا كذا في عامة النسخ وفي الاصل التزوج من هذا القبيل قيل كأنه غلط والصحيح الطلاق من هذا القبيل وفي النهاية الصحيح التزوج من هذا القبيل قال كذا وجدته بخط شيخي ولانه اعتبر في الكتاب في وزان هذه المسئلة فعل الشرط لا الجزاء قال في الايمان لو قال يوم أكلم فلانا فامرأتي طالق فهو على الليل والنهار الى أن قال والكلام لا يمتد ولان ذكر الفعل انما يستقيم من غير تأويل في أتزوجك لا في أنت طالق ولان ذكر القران في قوله اذا قرن يدل على ارادة التزوج لا الطلاق لان مقارنته اليوم أقوى لانه على وجه الاضافة والمضاف مع المضاف اليه كشئ واحد انتهى والاصوب الاعتبار الاول أعني اعتبار الجزاء كالطلاق هنا لان المقصود بذكر الظرف افادة وقوعه فيه بخلاف المضاف اليه فانه وان كان مظروفا أيضا لكنه لم يقصد بذكر ذلك الظرف بل انما ذكر المضاف اليه ليتعين الظرف فيتم المقصود من تعيين زمن وقوع مضمون الجواب ولا شك ان اعتبار ما قصد الظرف له لاستعلام المراد من الظرف أهو الحقيقي أو المجازي أولى من اعتبار ما لم يقصد له في استعلام حاله الا أن بعض المشايخ تسامحوا فيما لم يختلف فيه الجواب أعني ما يكون به المعلق والمضاف اليه مما يمتد نحو أمرك بيدك يوم يسير فلان أو لا يمتد كأنت حر يوم يقدم وطالق يوم أتزوجك فعللوا بامتداد المضاف اليه وعدمه والمحققون ارتفعوا عن ذلك الايهام ومن الشارحين من حكى خلافا في الاعتبار ويشبه كونه وهما ولذا نقل اتفاقهم على اعتبار المعلق فيما يختلف فيه الجواب لو اعتبر المضاف اليه وهو ما يختلف فيه المعلق والمضاف اليه بالامتداد وعدمه كأنت حر يوم يسير فلان ﴿فروع﴾ قال أنت طالق الى شهر تطلق اذا انقضى شهر وأوقعه أبو يوسف للحال أو قبل قدوم زيد بشهر يقع اذا قدم زيد لشهر مقتصرا وقال زفر مستندا أو قبل موت زيد بشهر فمات لتمامه وقع مستندا عند أبي حنيفة وقالا مقتصرا على الموت وفائدة الخلاف تظهر في اعتبار العدة فعند أبي حنيفة تعتبر من أول الشهر ولو كان وطئها في الشهر يصير مراجعا ان كان الطلاق رجعيا ولو كان ثلاثا ووطئها في الشهر غرم العقر وعندهما تعتبر العدة من الحال ولا يصير مراجعا بذلك الوطء ولا يلزمه عقر وقيل تعتبر العدة من وقت الموت اتفاقا احتياطا وكذا اذا طلقها بائنا أو ثلاثا أو خالعها في خلال الشهر ثم مات زيد لتمام الشهر وهي في العدة لا يقع الثلاث والبائن

وان كان اللبس القليل والركوب القليل يوجد ان وقت الاشتغال بالنزع والنزول وقوله (ومن قال لامرأته يوم أتزوجك فأنت طالق) ههنا ثلاثة ألفاظ النهار والليل واليوم أما النهار فللبياض خاصة وأما الليل فللسواد خاصة وذلك حقيقتهما اللغوية وأما اليوم فانه يستعمل في بياض النهار ومطلق الوقت بالاشتراك عند بعض والصحيح وهو مذهب الاكثر ان اطلاقه على مطلق الوقت مجاز لان حمل الكلام على المجاز أولى من الاشتراك لعدم اختلال الفهم بوجود القرينة وعلى التقديرين لا يخلو من النظر فيه فيرجح أحد معنييه على الآخر بما قرن به فان كان ممتدا وهو ما يصح فيه ضرب المدة كاللبس والركوب والمساكنة وغيرها الصحة أن يقال لبست يوما أو ركبت يوما أو سكنت يوما يحمل على بياض النهار لانه يراد به المعيار وهذا أليق به وان كان مما لا يمتد كالخروج والدخول والقدوم لعدم صحة تقديرها بزمان اذ لا يقال خرجت أو قدمت أو دخلت يوما يحمل على مطلق الوقت اعتبارا للتناسب بين الظرف والمظروف

(قوله فيرجح أحد معنييه الخ) أقول فيه ان هذا على تقدير الاشتراك

قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال الآية والمراد به مطلق الوقت لان الفار من الزحف يلحقه الوعيد ليلا كان أو نهارا وقوله (والطلاق من هذا القبيل) يعني انه من قبيل ما ليس يمتد فينتظم الليل والنهار يشير الى أنه اعتبر المظروف دون المضاف اليه لانه المضاف بين سائر الايام ولهذا لم يعمل فيه باتفاق أهل اللغة وكذلك اذا قيل عبدي حر او امرأتي طالق يوم يقدم فلان وأمرك بيدك أو اختاري يوم يقدم فلان يعتق عبده

وتطلق امرأته بقدومه ليلا كان أو نهارا لعموم المجاز ولم يكن الامر والاختيار بيدها بقدومه ليلا مع اتحاد المضاف اليه فيهما لامتداد المظروف في الثاني دون الاول وفي اعتبار عامة المشايخ انما هو فيما لا يختلف فيه الجواب بالنظر الى حصول المقصود وهو ما اذا كان المظروف والمضاف اليه كلاهما مما لا يمتد كقوله يوم يقدم فلان فانت طالق ولهذا لم يعتبر كلاهم فيما اذا اختلف الجواب فيه كمسئلة الاختيار والامر باليد الا المظروف فان قيل اعتبر المصنف المضاف اليه في مسئلة يوم أكلم فلانا فامرأته طالق مع اختلاف الجواب لان الكلام مما يمتد أجيب بان ذلك انما هو باعتبار ان الكلام عنده غير ممتد كما قاله بعض المشايخ وحينئذ لا يختلف الجواب فيجوز اعتباره لاستقامة الجواب وهو المقصود (ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه) وقد تقدم وجه صحة نية الحقيقة مع استغنائها عنها

﴿فصل﴾ لما كانت اضافة الطلاق الى النساء مخالفة لاضافته الى الرجال ذكرها في فصل على حدة وذكر فيه مسائل أخر متنوعة وكان حقها أن تذكر في مسائل شتى (ومن قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشيء وان نوى طلاقا ولو قال أنا منك بائن أو عليك حرام ونوى الطلاق طلقت) فهي

والطلاق من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه والليل لا يتناول الا السواد والنهار يتناول البياض خاصة وهذا هو اللغة

﴿فصل﴾ (ومن قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشيء وان نوى طلاقا ولو قال أنا منك بائن أو أنا عليك حرام ينوي الطلاق

و يبطل الخلع ويرد الزوج بدل الخلع لظهور بطلان الخلع والبائن لسبق الثلاث بالاستناد وعندهما يقع الثلاث والبائن و يصح الخلع و يصير مع الخلع ثلاثا ولو مات زيد قبل تمام الشهر لا تطلق لعدم شهر قبل الموت ولو مات بعد العدة فيما اذا طلقها في أثناء الشهر ثم وضعت حملها أو لم تكن مدخولا بها فلم تجب عدة لا يقع لعدم المحل اذ المستقبل يثبت للحال ثم يستند كذا في الجامع الكبير والاسرار هذا على طريق كون الحكم هنا يثبت بطريق الاستناد وهو الاصح وقد قيل يثبت عنده بطريق التبيين ولو قال أنت طالق قبل موتي أو قبل موتك بشهر عندهما لا يقع شيء وترث منه لامتناع وقوعه مقتصرا كما هو قولهما بعد الموت وعنده يقع مستندا حتى اذا كان صحيحا في ذلك الوقت لا ترث منه وعليها العدة ثلاث حيض أما اذا مات قبل مضي تلك المدة لا يقع الطلاق ولها الميراث ولو قال آخر امرأة أتزوجها طالق أو آخر عبد أملكه حر فتزوج امرأة ثم امرأة ثم مات أو ملك عبدا ثم عبدا ثم مات يقع الطلاق والعتق عنده مستندا الى وقت الملك والتزوج وعندهما مقتصرا حتى يعتبر العتق من جميع المال اذا كان صحيحا وقت الشراء فان كان مريضا فمن الثلث وفي الزوجة الاخيرة تطلق من حين تزوجها حتى لا تلزمها العدة إذا لم يكن دخل بها ولا ميراث لها و إن كان دخل بها فعليها العدة ولها الميراث والفرق لابي حنيفة بين القدوم والموت أن الموت معرف والجزاء لا يقتصر على المعرف كما لو قال إن كان في الدار زيد فأنت طالق فخرج منها آخر النهار طلقت من حين تكلم وهذا لان الموت في الابتداء يحتمل أن يقع قبل الشهر فلا يوجد الوقت أصلا فأشبه سائر الشروط في احتمال الخطر فاذا مضى شهر فقد علمنا بوجود شهر قبل الموت لان الموت كائن لا محالة إلا أن الطلاق لا يقع في الحال لانا نحتاج إلى شهر يتصل بالموت وانه غير ثابت والموت يعرفه ففارق من هذا الوجه الشرط وأشبه الوقت في قوله أنت طالق قبل رمضان بشهر فقلنا بأمر بين الظهور والاقتصار وهو الاستناد ولو قال قبل رمضان بشهر وقع أول شعبان اتفاقا ولو قال لهما أطولكما حياة طالق الساعة لم يقع حتى تموت احداهما فاذا ماتت طلقت الاخرى مستندا عنده ومقتصرا عندهما

﴿فصل﴾ فيه متفرقات من الايقاع لانه لم يقيد جهة البحث في مسائله بعارض واحد (قوله ومن قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشيء وان نوى طلاقها ولو قال أنا منك بائن أو عليك حرام ينوي الطلاق

(قوله يلحقه الوعيد ليلا كان الخ) أقول يعني الفرار

﴿فصل﴾ ومن قال لامرأته

وقال الشافعي يقع الطلاق في الوجه الاول أيضا اذا نوى) لان الطلاق وضع لازالة ملك النكاح والحل المشتركين بين الزوجين فان الحل مشترك بينهما وهو ظاهر وكذلك النكاح لما ذكر في الكتاب انها تملك المطالبة بالوطء كما انه يملك المطالبة بالتمكين ولانهما يسميان متناكحين ويذكر كل منهما في عقد النكاح (والطلاق وضع لرفع ذلك لا محالة) وكل ما وضع لذلك صح مضافا اليه كما في الابانة والتحريم وقلنا الانسلم ان الطلاق وضع لازالة ملك النكاح والحل المشتركين بل وضع لازالة القيد وهو فيها دون الزوج ألا ترى انها الممنوعة من التزوج والبروز سلمنا انه وضع لذلك لكن ملك النكاح له عليها لانها مملوكة والزوج مالك وهذا لانها تملك بالنكاح المهر والنفقة في مقابلة النكاح ولا يمكن أن يجتمع البدلان في ملك شخص واحد (قوله ولهذا) أي لانها مملوكة (سميت منكوحة) أي وارادا عليها ملك النكاح (بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة وهي مشتركة وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك فصح اضافتهما الى الزوجين ولا يصح اضافة الطلاق الا اليها) قيل لو كان الزوجان في الابانة والحل مشتركين لا تحدا في حق اضافة الابانة والحرمة اليهما واللازم باطل فكذا الملزوم فانه اذا قال أنت بائن أو حرام ونوى الطلاق وقع ولو قال أنا بائن أو حرام ونوى الطلاق لم يقع مالم يقل منك أو عليك وأجيب بأن هذا

فهي طالق وقال الشافعي يقع الطلاق في الوجه الاول أيضا اذا نوى لان ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت هي المطالبة بالوطء كما يملك هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك بينهما والطلاق وضع لازالتهما فيصح مضافا اليه كما صح مضافا اليها كما في الابانة والتحريم ولنا ان الطلاق لازالة القيد وهو فيها دون الزوج ألا ترى انها هي الممنوعة عن التزوج والخروج ولو كان لازالة الملك فهو عليها لانها مملوكة والزوج مالك ولهذا سميت منكوحة بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة وهي مشتركة بينهما وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك بينهما فصحت اضافتهما اليهما ولا تصح اضافة الطلاق الا اليها

فهي طالق وبقولنا قال أحمد وقال الشافعي ومالك يقع الطلاق في الوجه الاول أيضا اذا نوى لان ملك النكاح أي الملك الذي يوجبه النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت المطالبة بالوطء كما يملك هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك حتى حل لكل منهما الاستمتاع بصاحبه والطلاق لازالته فيصح مضافا الى كل منهما وقوله وضع لازالتهما الضمير للتمكين المدلول عليهما بقوله مشترك لان المعنى له ملك عليها ولها ملك عليه وهذا التعليل غير مرضي عند أكثر أصحابه قالوا لو كان كذلك لم يحتج الى نية كالاضافة اليها والمختار عندهم ان على الزوج حجرا من جهتها حتى انه لا ينكح أختها وأربعا سواها فتصح اضافته اليه باعتبار رفع ذلك القيد لكن اضافة الطلاق اليه غير متعارف فاحتيج الى نية ولا يخفى انه يندفع ما أورده على الاول بالنكتة الاخيرة اذ يقال تتميما للاول وانما احتاج الى نية في الاضافة اليه لانه غير متعارف (قوله ولنا) تحقيقه ان الطلاق لازالة الملك الثابت بالنكاح أو القيد فمحل الطلاق محلهما وهي محلهما دونه فالاضافة اليه اضافة الطلاق الى غير محله فيلغو بيان انها المحل انها هي المقيدة بالنكاح عن الخروج وعن الرجال دونه وملكها عليه انما هو في المال كالمهر وهو بدل

الاختلاف لم ينشأ من عدم الاشتراك بل من حيث تعدد الملك والحل من جهته دونها فانه ليس عليها ملك غيره ولا تحل على غيره مادامت في عصمته فكانت الجهة متعينة فاكتفى بقوله أنت بائن أو حرام وأما الزوج فله ملك على غيرها ويحل على غيرها وان كانت في عصمته فلا بد من ذكر منك أو عليك تعيينا للجهة

قال المصنف (لان ملك النكاح مشترك) أقول أي الملك الذي يوجبه النكاح قال المصنف (والطلاق وضع لازالتهما) أقول قال ابن الهمام الضمير للتمكين المدلول عليهما بقوله مشترك لان المعنى له ملك عليها ولها ملك عليه انتهى وفيه ان الظاهر انه راجع الى الملك والحل (قوله وكذلك النكاح) أقول اي ملك النكاح (قوله ولانهما يسميان متناكحين ويذكر كل منهما الخ) أقول هذا لا يدل على الاشتراك الذي أراده فان المملوك كالمبيع يذكر في عقد البيع ولا اشتراك (قوله في عقد النكاح والطلاق) أقول قوله والطلاق تكرار لبعد العهد قال المصنف (ولنا ان الطلاق لازالة القيد) أقول كما ينبئ عنه لفظ الطلاق كما سبق ذلك في باب ايقاع الطلاق قال المصنف (وهو فيها دون الزوج) أقول قيل ان الزوج مقيد من جهتها أيضا حتى لا يتزوج أختها ولا أربعا سواها وجوابه مذكور في شرح الكنز للزيلعي ولك ان تقول لو كان الزوج مقيدا من جهتها لكان ازالته في يدها وليس كذلك مع انه كلام على السند على ما يعلم من كلام الشراح (قوله لان ملك النكاح له عليها الخ) أقول واذا كان الملك له عليها فرفعه يكون باضافته الى المملوك كما في الاعتاق فان العتق اذا أضيف الى المولى يلغو اجماعا (قوله ولا يمكن أن يجتمع البدلان في ملك شخص واحد) أقول لعلها مغالطة فان المهر والنفقة في مقابلة ملك منافع بضعها فلو ملكت منافع الزوج أيضا لا يلزم اجتماع البدلين في ملك شخص واحد وموضع الغلط قوله في مقابلة النكاح فليتأمل والاولى أن يقال يلزم اجتماع المالكية والمملوكية وذا غير جائز كما يأتي نظيره بعد سطور

وقوله (ولو قال أنت طالق واحدة أو لا فليس بشئ) ظاهر وقوله (ولا فرق بين المسئلتين) يعنى بين قوله أنت طالق واحدة أو لا وبين قوله أنت طالق واحدة أو لا شئ فى حق التشكيك فى الايقاع أو فى حق الوضع وقوله (ولو كان المذكور ههنا) أى فى الجامع الصغير (قول الكل فعن محمد روايتان) لانه لم يذكر الخلاف فى وضع الجامع الصغير فى أنه لا يقع شئ فكان عند محمد أيضا لا يقع

(ولو قال أنت طالق واحدة أو لا فليس بشئ) قال رضى الله عنه هكذا ذكر فى الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف آخرا وعلى قول محمد وهو قول أبى يوسف أولا تطلق واحدة رجعية ذكر قول محمد فى كتاب الطلاق فيما اذا قال لامرأته أنت طالق واحدة أو لا شئ ولا فرق بين المسئلتين ولو كان المذكور ههنا قول الكل فعن محمد روايتان له انه أدخل الشك فى الواحدة لدخول كلمة أو بينها وبين النفى فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله أنت طالق بخلاف قوله أنت طالق أو لا لانه أدخل الشك فى أصل الايقاع فلا يقع ولهما أن الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد

ملكه لامور ترجع الى نفسها فهى المملوكة دونه ولهذا ملك هو التزوج بالكتابية ولم تملكه هى بالكتابى والنفقة بدل احتباسه اياها والحل الذى يثبت لها تبع للحل الذى يثبت له فانه لما ملك الوطء وجب عليها التمكين ومن ضرورته حل استمتاعها به وليس الحل هو القيد الذى هو مورد الطلاق بل الحل أثره حسب ما حققناه فى باب ايقاع الطلاق من انه المنع الشرعى الخ والثابت أثر النكاح و يرجع الى ما تقدم من ان الثابت بعاهل يكون محلا للطلاق بخلاف الابانة لانها أى لفظها موضوع لازالة الوصلة ووصلة النكاح مشتركة بينهما فصحت اضافتها الى كل منهما عاملة بحقيقتها و بخلاف التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك فصح كذلك عاملا بحقيقته وسيأتى تمامه فى الكنايات وأما حجره عن أختها وخامسة فليس موجب نكاحها بل حجر شرعى ثابت ابتداء عن الجمع بين الاختين وخمس لا حكم للنكاح ولهذا لو تزوجها مع أختها معا أو تزوج خمسا معا لا يجوز (قوله ولو قال أنت طالق واحدة أو لا فليس بشئ) وكذا طالق أو غير طالق وطالق أو لا وبه قالت الائمة الاربعة قال المصنف هكذا ذكر فى الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف آخرا وعلى قول محمد وهو قول أبى يوسف أولا تطلق واحدة رجعية كذا ذكر قول محمد فى كتاب الطلاق من المبسوط فيما اذا قال أنت طالق واحدة أو لا شئ أو ثلاثا أو لا شئ انما لا يقع عليها شئ عند أبى يوسف وعند محمد تطلق واحدة رجعية (ولا فرق بين المسئلتين) وهما طالق واحدة أو لا وواحدة أو لا شئ وخص الخلاف فى الاصل بين أبى يوسف ومحمد ولم يذكر قول أبى حنيفة لكن صاحب الاجناس نقل ذكره معه فى الجرجانيات ولو كان المذكور هنا قول الكل بسبب انه لم يذكر خلافا فعن محمد روايتان والاوجه كون الروايتين فى المسئلتين وذلك لانه صرح بخلاف قول محمد فى مسئلة أو لا شئ فدل على وفاقه فى هذه المسئلة وهى مسئلة أو لا واذ لا فرق بينهما كان وفاقه هنا رواية فى وفاقه فى أو لا شئ وخلافه هناك رواية فى مسئلة أو لا (قوله له) أى لمحمد فى ايقاعه به واحدة على هذه الرواية انه أدخل الشك فى الواحدة لدخول كلمة الشك بينها وبين النفى فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله أنت طالق) يقع به واحدة (بخلاف قوله أنت طالق أو لا) أو طالق أو غير طالق فانه لا يقع به بالاتفاق (لانه أدخل الشك فى أصل الايقاع ولهما) أى لابى حنيفة وأبى يوسف (ان الوصف متى قرن بذكر العدد كان الوقوع بذكر العدد) واستدل على هذا بآثار اجماعية منها انه لو قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلاث لانها حينئذ بانت بطالق لا الى عدة فلم تبق محلا لوقوع الزائد ومنها انه لو قال أنت طالق واحدة ان شاء الله لم يقع شئ ولو كان الوقوع بالوصف كان قوله واحدة فاصلا بين الاستثناء والمستثنى منه فلم يعمل

شئ ثم ذكر قول محمد فى طلاق المبسوط بان عنده تطلق واحدة رجعية اذا قال أنت طالق واحدة أو لا شئ ولا تفاوت بين الوصفين وذلك يستلزم ورود الروايتين عنه وقوله (له) أى لمحمد (انه أدخل الشك) ظاهر

قال المصنف (ولا فرق بين المسئلتين) أقول يعنى به فرقا يثبت به حكم مخالف لحكم المسئلة الاخرى على ما هو مصطلح الفقهاء فى لفظ الفرق (قوله قيل لو كان الزوجان فى الابانة) أقول والظاهر أن يقال فى الوصلة (قوله وأما الزوج فله ملك على غيرها) أقول يعنى على غيرها من النساء (قوله وقوله ولا فرق بين المسئلتين الى قوله فى حق التشكيك) أقول ظاهره لا يلائم كلام محمد رحمه الله فان التشكيك عنده فى تينك المسئلتين انما هو فى العدد دون الايقاع الا أن يقال المراد وجودا وعدما (قوله وذلك يستلزم ورود الروايتين) أقول يعنى فى كل من المسئلتين قال المصنف (ويبقى قوله أنت طالق بخلاف قوله أنت طالق أو لا لانه أدخل الشك فى أصل الايقاع) أقول كأنه لم يتلفظ بالعدد ولا يلزم منه أن يكون لمحمد خلاف فى القاعدة القائلة ان الوصف اذا قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد مطلقا على ما ظن بل خلافه فيما اذا ذكر كلمة الشك حيث يستلزم سقوط اعتبار العدد ولا يلزم الغاء كلام العاقل مطلقا فليتأمل ومنها

وقوله (ولهما) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف (ان الوصف) يعني أنت طالق (متى قرن بالعدد) مثل أن يقول أنت طالق واحدة اواثنتين أوثلاثا (كان الوقوع بذكر العدد) واطلق العدد على الواحد مجازا من حيث انه أصل العدد ومعنى كلامه ان الوصف متى قرن بالعدد كان الكل كلاما واحدا في الايقاع فحينئذ كان الشك الداخل في الواحدة داخلا في الايقاع فكان نظير قوله أنت طالق أولا وهناك لا يقع شئ بالاتفاق فكذلك ههنا واستوضح ذلك بقوله (ألا ترى) وهو واضح وقوله (على ما مر).

ألا ترى انه لو قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلاث وهذا لان الواقع في الحقيقة انما هو المنعوت المحذوف معناه أنت طالق تطليقة واحدة على ما مر واذا كان الواقع ما كان العدد نعتا له كان الشك داخلا في أصل الايقاع فلا يقع شئ (ولو قال أنت طالق مع موتي أومع موتك فليس بشئ) لانه أضاف الطلاق الى حالة منافية له لان موته ينافي الاهلية وموتها ينافي المحلية ولابد منهما (واذا ملك الرجل امرأته أوشقصا منها أو ملكت المرأة زوجها أوشقصا منه وقعت الفرقة) للمنافاة بين الملكين أما ملكها اياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية وأما ملكه اياها فلان ملك النكاح ضروري ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفي النكاح

ومنها ما لو مات قبل العدد واحدة أو ثلاث لم يقع شئ وقوله وهذا لان الواقع في الحقيقة هو المنعوت بالعدد وهو المحذوف) أي طالق تطليقة واحدة أو ثلاثا أو تطليقتين ثلاثا كما قرره في أول الباب أما على الانشاء فلا وقد رجع المصنف الى طريقة الانشاء في الفصل الذي قبل هذا في مسئلة أنت طالق أمس وقد تزوجها أول من أمس فارجع اليه والوجه هنا يتم بدون ذلك وهو ما ذكرنا من المسائل الاجماعية الدالة على ان الواقع العدد عند ذكره لا الوصف (قوله ولو قال أنت طالق مع موتي أومع موتك فليس بشئ لانه أضاف الطلاق الى حالة منافية له) وهو موته وموتها لان موته ينافي الاهلية وموتها ينافي المحلية ولابد من الاهلية في الموقع والمحلية في الموقع عليها وانما كان حالة موت أحدهما منافية للنكاح لانها حالة ارتفاع النكاح ووقوع الطلاق يستدعي حال استقراره أو المعنى على تعليقه بالموت وان كان حقيقة مع للقران ألا ترى انه لو قال أنت طالق مع دخولك الدار تطلق به فاستدعى وقوعه تقدم الشرط وهو الموت فيقع بعد الموت وهو باطل (قوله واذا ملك الرجل امرأته أوشقصا منها) أي سهما بان كان تزوج أمة لغيره ثم اشتراها جميعها منه أوسهما منها أو وهبها أو ورثها أو ملكت المرأة زوجها أو شقصا منه بأن تزوجت الحرة عبد الغير ثم اشترته جميعه منه أوسهما منه أو وهبه لها أوورثته (وقعت الفرقة) بينهما فسخا للمنافاة بين الملكين ملك الرقبة وملك النكاح أما في ملكها اياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية فيها وقد تقدم تقريره هذا في فصل المحرمات وتحريره فارجع اليه وأما في ملكه اياها فلان ملك النكاح ضروري لان اثباته على الحرة لحاجة بقاء النسل فكان ملك النكاح في الاصل مع المنافي وهو حرية المملوكة للضرورة وقد اندفعت الضرورة بقيام ملك اليمين لثبوت الحل الاقوى به فيرتفع الاضعف الضروري للاستغناء عنه وهذا ظاهر في ملك الامة كلها وأما في ملك بعضها فاقيم ملك اليمين مقام الحل لانه سببه احتياطا وهذا بخلاف المكاتب اذا اشترى زوجته لا يقع بينهما فرقة لانه لم يثبت له فيها حقيقة ملك لقيام الرق بل الثابت له حق الملك وهو لا يمنع بقاء النكاح

أراد به قوله كان الوقوع بذكر العدد (وقوله فللاجتماع بين المالكية والمملوكية) قد تقدم تقريره مستوفى وقوله (فلان ملك النكاح ضروري) بيانه أن ملك النكاح اثبات الملك على الحرة وهو على خلاف القياس وما هو كذلك فهو ضروري فاذا طرأ عليه الحل القوي وهو ملك اليمين ينفي الحل الضروري لضعفه فان قيل هذا مسلم فيما اذا ملك الزوج جميع منكوحته بملك اليمين فاما اذا ملك شقصا منها فينبغي أن لا ينتفي الحل الثابت بينهما بالنكاح لانه لم يطرأ عليه لا حل قوي ولا ضعيف أجيب بان ملك اليمين دليل الحل فقام مقامه تيسيرا

(قوله وقوله على ما مر أراد به قوله كان الوقوع بذكر العدد) أقول والظاهر انه اشارة الى ما مر في باب ايقاع الطلاق (قوله بيانه الى قوله فاذا طرأ عليه الحل القوي وهو ملك اليمين الخ) أقول ولقائل أن يقول ثبوت ملك اليمين على الآدمي على خلاف القياس أيضا فانه خلق مالكا فالكبرى ممنوعة والحق أن مراد المصنف غير ما ذكره فليتأمل ولو قال وهو على خلاف القياس لحاجة الناس لكان سالما (قوله فقام مقامه تيسيرا) أقول الاولى احتياطا

ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شئ لان الطلاق يستدعى قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافى لا من وجه) يعنى من حيث العدة لانها أثر من آثاره فلا يجب مع وجود المنافى والا لكن ملك النكاح باقيا من وجه (ولا من كل وجه) يعنى من حيث ملك النكاح وعلى هذا كان قوله لا من وجه ولا من كل وجه متعلقا بقوله ولا بقاء وقيل لا من وجه يعنى اذا ملك الشقص ولا من كل وجه يعنى اذا ملك الجميع وعلى هذا يتعلق بقوله مع المنافى قوله (لا عدة هنالك) يعنى فى حق مولاها الذى كان زوجها أى لا يظهر أثر عدتها بدليل حل وطئها أما العدة فى نفسها واجبة حتى انه لو أعتقها ليس لها أن تتزوج بآخر قبل انقضاء عدتها قال (واذا قال لها وهى أمة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها ملك الزوج الرجعة لانه علق التطليق بالاعتاق أو العتق) وهذا الكلام يحتاج الى بيان أنه تعليق مع عدم شئ من أداته وانه تعليق التطليق المذكور دون الطلاق وانه تعليق التطليق بالاعتاق أو العتق اما أنه تعليق فلما بينه المصنف بقوله والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود وللحكم تعلق به والمذكور يعنى بقوله مع عتق مولاك اياك بهذه الصفة لان الاعتاق من المولى أمر متردد بين الوجود والعدم والحكم وهو الطلاق تعلق به فكان العتق شرطا ووقوع الطلاق مشروطا وأما انه تعليق التطليق فلان تصرف المرء انما ينفذ فيما يملكه وهو التطليق دون الطلاق لكونه أمرا شرعيا ليس داخلا تحت قدرته وأشار الى ذلك

التعليق

(ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شئ) لان الطلاق يستدعى قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافى لا من وجه ولا من كل وجه وكذا اذا ملكته أو شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة وعن محمد انه يقع لان العدة واجبة بخلاف الفصل الاول لانه لا عدة هنالك حتى حل وطؤها له (ولو قال لها وهى أمة لغيره أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فأعتقها مولاها ملك الزوج الرجعة) لانه علق التطليق بالاعتاق أو العتق لان اللفظ ينتظمهما والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود وللحكم تعلق به والمذكور بهذه الصفة

(قوله ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شئ لان الطلاق يستدعى قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافى لا من وجه) كما فى ملك البعض (ولا من كل وجه) كما فى ملك الكل (وكذا اذا ملكته أو شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة وعن محمد يقع) وانما قلنا وعن محمد لانه لا فرق بين الفصلين فى عدم الوقوع فى ظاهر الرواية والمنقول عن محمد فى هذا الفصل فى المنظومة من الوقوع فيما اذا أعتقته أما اذا لم تعتقه حتى طلقها لا يقع الطلاق بالاتفاق وتفصيل محمد على هذا انه لا عدة هنالك عليها يعنى منه حتى حل له وطؤها بملك اليمين وظاهره انه يحل تزويجه اياها كما حل له وطؤها لعدم العدة وقد قيل به نقله فى الكافى قال لو زوجها سيدها الذى كان زوجها جاز ثم قال والصحيح انه لا يجوز تزويجها من آخر قال فعلم انه لا تجب العدة عليها فى حق من اشتراها وفى حق غيره روايتان) وهذا لان العدة انما تجب لاستبراء الرحم عن الماء ويستحيل استبراء رحمها من ماء نفسه مع بقاء السبب الموجب للحل واذا عرفت هذا فعلى ما هو الصحيح ينبغى عدم التفصيل لمحمد اذ قد ظهر ان العدة هنالك أيضا قائمة غير انها لا تظهر فى حقه وجه قول أبى يوسف ان الفرقة متى وقعت بسبب التنافى تخرج المرأة من ان تكون محلا للطلاق واذا خرجت من المحلية فاحتجنا الى اثبات المحلية ابتداء بعد العتق ومجرد العدة لا يثبت المحلية ابتداء كما فى النكاح الفاسد واعلم ان شمس الائمة حكى فى المبسوط الخلاف على عكس هذا ولم يخصه بما اذا ملكته بل اجراه فى الفصلين فانه ذكر مسئلة المهاجرة وهى ما اذا هاجرت فانفسخ نكاحها فهاجر بعدها وهى فى العدة على قولهما لم يقع طلاقه فقال فى المبسوط وقيل هذا قول أبى يوسف الاول وهو قول محمد فاما على قول أبى يوسف الآخر يقع طلاقه ثم قال وهو نظير ما لو اشترى الرجل امرأته بعد ما دخل بها ثم أعتقها وطلقها فى العدة لا يقع طلاقه فى قول أبى يوسف الاول وهو قول محمد وفى قول أبى يوسف الآخر يقع وكذا الخلاف فيما لو اشترت المرأة زوجها يعنى فأعتقته فحكى الخلاف فى الصورتين (قوله وان قال) أى الزوج لها (وهى أمة لغيره أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك فأعتقها ملك الرجعة لانه علق التطليق) إذ هو السبب (حقيقة بالاعتاق أو العتق لان اللفظ) أعنى العتق (ينتظمهما) أى ينتظم الاعتاق الذى هو فعله والعتق الذى هو وصفها أثره ومعنى الانتظام ههنا صحة ارادة كل منهما به على البدل لا على الشمول لمنع انتظام اللفظ الواحد المعنى الحقيقى والمعنى المجازى فى إطلاق واحد والاعتاق معنى مجازى للعتق من استعارة اسم الحكم للعلة وعلى هذا فاعماله فى لفظ إياك على اعتبار إرادة الفعل به اعمال المستعار للمصدر أو على اعتبار إعمال اسم المصدر كأعجبنى كلامك زيدا وأما على التجوز الآخر وهو ان يراد العتق الذى هو أثره فمشكل لانه قاصر وانما يعمل فى المفعول المتعدى وجعل العامل العتق اسما للمصدر يرده الى الوجه الاول لانه يصير معبرا به عن الاعتاق فلم يكن

بقوله والمعلق به التطليق لان فى التعليقات يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا بناء على أن الشرط عندنا يمنع علية العلة الى زمان وجوده كما عرف فى الاصول وأما انه تعليق التطليق بالاعتاق أو العتق فلما قال لأن اللفظ ينتظمهما أى يتناولهما على سبيل البدل أما الاعتاق فعلى طريق الاستعارة لما أن العتق لما لم يتصور فى غير القريب الا بالاعتاق كان من باب ذكر الحكم

والمعلق به التطليق لان فى التعليقات يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا واذا كان التطليق معلقا بالاعتاق أو العتق يوجد بعده ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متأخرا عن العتق فيصادفها وهى حرة فلا تحرم حرمة غليظة بالثنتين بقى شئ وهو ان كلمة مع للقران قلنا قد تذكر للتأخر كما فى قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا فتحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط

التعليق إلا بالاعتاق فقط والوجه الثانى هو أن لا يكون كذلك بل عن العتق هذا معنى الاشكال المذكور فى الكافى لحافظ الدين والعجب مما نقل فى جوابه من قول من قال ليس بمشكل لانه لما علق التطليق بالاعتاق يلزم منه تعليقه بالعتق الحاصل منه وأين هذا من صحة الاعمال وأيضا كان الوجه ان يقول المصنف بالاعتاق والعتق بالواو لا بأو وحاصل تقرير المسئلة ان مع قد تذكر للتأخر تنزيلا له منزلة المقارن لتحقق وقوعه بعده ونفى الريب عنه كما فى الآية ان مع العسر يسرا فصارت محتملة لذلك وان كانت حقيقتها خلافه فيصار اليه بموجب وقد تحقق وهو إناطة ثبوت حكم على ثبوت معنى مدخولها المعدوم حال التكلم وهو على خطر الوجود فان الاناطة كذلك هو معنى التعليق ومعنى مدخولها المعدوم كائنا على خطر الوجود من حيث هو مناط بوجوده حكم هو معنى الشرط فلزم كون الاعتاق أو العتق شرطا للتطليق فان كان الاعتاق فيوجد تطليق الثنتين بعده مقارنا للمتأخر عن الاعتاق ويقع الطلاق المتأخر عن التطليق بعده فيصادفها حرة فيملك الزوج الرجعة وان كان العتق فأظهر هذا تقرير المصنف وقيل عليه المعلول مع العلة يقترنان كالكسر مع الانكسار فى الخارج فالعتق مع الاعتاق والطلاق مع التطليق يقترنان بل الوجه انه قرن الطلاق بالاعتاق فيكون مقرونا بالعتق وهو ضد الرق ووجود أحد الضدين مستلزم زوال الضد الآخر ولا ينبنى زواله على وجود الآخر اذ لا يصح ان يقال وجد السكون فزالت الحركة أو وجد الحركة فزال السكون لانه يستلزم اجتماع الضدين بل وجود أحدهما يقترن بزوال الآخر فيثبت زوال الرق مع العتق فيقع الطلاق عليها حال وجود العتق وهى حالة زوال الرق فلا توجب التطليقتان حرمة غليظة فى الحرة فيملك الرجعة وهذا ينبنى على أحد القولين فى ان المعلول مع العلة يقترنان فى الخارج أو يتعقبها بلا فصل وعلى ان حالة الدخول فى الوجود كحالة الوجود بعد تقرره وعدم خروج مع عن المقارنة وأطبق العقلاء على ان الشئ زمن ثبوته ليس بثابت وأنت قد علمت ان المعنى على خروجها وتقرر الشرط والجزاء يعقبه اذ ليس هو علة فليس العتق علة للطلاق بل علة الطلاق تعمل عنده وسنذكر ما عندنا فى العلة والمعلول وأورد على هذا ما لو قال لاجنبية أنت طالق مع نكاحك حيث يأتى فيه التقرير المذكور مع انه لا يقع اذا تزوجها وأجيب بأنه للمانع وهو عدم ملكه ذلك وانما يملك اليمين فاذا لزم بذكر حرف أعنى ان ونحوه بأن قال ان تزوجتك فأنت طالق صح ضرورة صحة اليمين ومرجع هذا الى انه انما يملك التعليق الصريح قبل النكاح بخلاف ما بعده ولقائل ان يقول الدليل انما قام على ملكه اليمين المضافة الى الملك فتعلق بما يوجب معناها كيفما كان اللفظ والتقييد بلفظ خاص بعد تحقق المعنى تحكم ولذا قال فى الدراية هذا الجواب لم يتضح لى فانه يملك تعليق الطلاق بالنكاح ويمكن تصحيح كلامه على اعتبار

وارادة علته وأما العتق فعلى طريق الحقيقة وهو الملفوظ فثبت انه علق التطليق بالاعتاق أو العتق واذا كان التطليق معلقا بالاعتاق أو العتق يوجد بعده لان الجزاء يعقب الشرط ثم الطلاق يوجد بعد التطليق بعدية ذاتية لكونه حكمه فيكون الطلاق متأخرا عن العتق فيصادفها وهى حرة فلم تحرم بالثنتين حرمة غليظة بقى عليه شئ وهو ان كلمة مع للمقارنة فيكون منافيا للمعنى الشرطية وأجاب عنه بقوله قلنا قد تذكر للتأخر كما فى قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا فتحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط ضرورة تصحيح الكلام وفيه بحث من وجهين أحدهما ان قوله مع عتق مولاك اياك لا يصح الا بمعنى الاعتاق فالوجه الشق الثانى من الترديد والثانى أنه على ذلك التقرير يجب أن يقع طلاق من قيل لها وهى أجنبية أنت طالق مع نكاحك لانه يكون بمعنى

ان نكحتك لكن لا يقع والجواب عن الاول ان وجهه النظر الى لفظة العتق ليتبين أثره فيما اذا قال لها أنت طالق مع عتقك فى عدم اختلاف الحكم بينه وبين الصورة المذكورة فى الكتاب وعن الثانى بأن العدول عن معنى القران الذى هو حقيقته مع انما كان ضرورة صيانة كلام من يملك التصرف فى ذلك تنجيزا أو تعليقا مطلقا وفيما ذكرتم ليس كذلك فانه لا يملك التنجيز ولا التعليق الا بالنكاح بصريح الشرط ولا يلزم من صيانة كلام القادر مطلقا صيانة كلام من ليس كذلك

(وإذا قال إذا جاء غد فأنت طالق ثنتين وقال المولى إذا جاء غد فأنت حرة فجاء الغد) حرمت حرمة غليظة (لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلاث حيض عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد زوجها يملك الرجعة) كما في المسئلة المتقدمة واعلم أن دليل محمد على ما ذكره في الكتاب ليس بصحيح ولا يقبل الاصلاح بالعناية وأنا أذكره بتوضيح تبعا للمصنف قال (لان الزوج قرن الايقاع بإعتاق المولى) معنى يعني على وجه التعليق (حيث علقه بالشرط الذى علق به المولى) فكانا مقترنين في ذلك الشرط وهو مجيء الغد والمعلق بالشرط انما ينعقد سببا عند الشرط فكانا مقترنين في السببية لحكمهما أيضا (والعتق يقارن الاعتاق لانه علته) والحكم لا يتأخر زمانا عن العلة عند المحققين سواء كانت العلة شرعية أو عقلية (أصله الاستطاعة مع الفعل) كما عرف (فيكون التطليق مقارنا للعتق) لان التطليق مقارن للاعتاق على ما ذكرنا والاعتاق مقارن للعتق والطلاق يقارن العتق لما ذكرنا انه علته لا يتأخر عنها فالتطليق يقارن العتق وهذا كله صحيح وقوله (فتطلق بعد العتق) فاسد لان الطلاق حكم التطليق لا يتأخر عنه والتطليق يقارن الاعتاق والاعتاق يقارن العتق فالطلاق يقارن العتق فان المقارن للمقارن للشيء مقارن لذلك الشيء فكيف يقع بعده وإذا كان العلتان والمعلولان معا فكما أن الاعتاق صادفها وهي أمة فكذلك التطليق والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة وظهر من هذا جميع ما ذكره وقد ذكر لمحمد أيضا ان قوله أنت حرة أوجز من قوله أنت طالق ثنتين وهما أي الاعتاق والتطليق يوجدان بهذين اللفظين في زمان واحد فيتقدم أوجزهما في الوجود وهو قوله أنت حرة فيصادفها التطليقتان وهي حرة فيملك الرجعة عليها وهذا قريب الا أن قوله في زمان واحد يناقض قوله فيتقدم أوجزهما والجمهور

(ولو قال إذا جاء غد فأنت طالق ثنتين وقال المولى إذا جاء غد فأنت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلاث حيض وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد زوجها يملك الرجعة) عليها لان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذى علق به المولى العتق وانما ينعقد المعلق سببا عند الشرط والعتق يقارن الاعتاق لانه علته أصله الاستطاعة مع الفعل فيكون التطليق مقارنا للعتق ضرورة فتطلق بعد العتق فصار كالمسئلة الاولى ولهذا تقدر عدتها بثلاث حيض ولهما انه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها وهي أمة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة بخلاف المسئلة الاولى لانه علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه وبخلاف العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط ولا وجه الى ما قال لان العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن التطليق لانه علته فيقترنان

معنى الشرط فينبغي ان يحمل عليه (قوله ولو قال أي لامرأته الامة إذا جاء غد فأنت طالق ثنتين وقال لها المولى إذا جاء غد فأنت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلاث حيض وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد زوجها يملك الرجعة) ولم يذكر الاختلاف على رواية أبي سليمن بل على رواية الشيخ أبي حفص ووجه هذه الرواية ان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذى علق به المولى عتقها والمعلق انما ينعقد سببا عند الشرط (والعتق يقارن الاعتاق لانه علته أصله الاستطاعة مع الفعل) الذى يقام بها فيقترنان في الخارج (فيكون التطليق الذى هو السبب مقارنا للعتق المقارن للاعتاق فتطلق بعد العتق وصار كالمسئلة الاولى ولهذا تقدر عدتها بثلاث حيض ولهما انه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها أمة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة بخلاف المسئلة الاولى فانه علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه وبخلاف العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة) ثم رد المصنف قول محمد بقوله (والاوجه الى ما قال لان العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن التطليق لانه علته فيقترنان) أي فيقترن الطلاق بالعتق فيصادفها على ما صادفها عليه العتق وهي أمة فتحرم وحقيقة محل الغلط في تقرير قول محمد من جعل العتق شرطا على ما يعطيه قوله والمعلق انما ينعقد سببا عند الشرط يعني فلا ينعقد التطليق سببا الا عند وجود العتق المقارن للاعتاق لكنه ليس كذلك بل الشرط مجيء اليوم كما هو الشرط في الاعتاق فان كانت العلة مع المعلول يلزم ان عند مجيء الغد يقترن كل من التطليق والاعتاق والطلاق والعتق فينزل الطلاق حسبما ينزل العتق وهي أمة فتحرم حرمة غليظة وإذ قد بعد هذا التوجيه لمحمد وجه بتوجيهات أخر أحدها انه اعتبر قول القران في العتق والتعاقب في الطلاق في هذه المسئلة لكون الاعتاق مندوبا فليعتبر سرعة نزوله والتطليق محظور فيعتبر متأخرا نظيره البيع الصحيح ينزل الملك فيه بمجرد العقد والفاسد يتأخر فيه الى القبض للحظر وتوضيحه انه ينزل عند وجود الغد التطليق والاعتاق والعتق مقترنة وينزل الطلاق بعدها وهي حرة وهذه في البين اعلم ان العقلاء اختلفوا في العلة مع المعلول فذهبت طائفة الى ان المعلول يعقبها بلا فصل

قال المصنف (فتطلق بعد العتق) أقول قيل أي معه كما ان المراد بقوله مع عتق مولاك ايالك أي بعد عتق مولاك أو المراد البعدية الذاتية فليتأمل

﴿فصل﴾ في تشبيه الطلاق ووصفه (ومن قال لامرأته أنت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلاث) لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم

والجمهور على انهما معا في الخارج وطائفة منهم خصوا العلل الشرعية بجعلها تستعقب المعلول لانها اعتبرت كالاعيان باقية فأمكن فيها اعتبار الاصل وهو تقدم المؤثر على الاثر بخلاف نحو الاستطاعة مع الفعل لانها عرض لا يبقى فلم يمكن اعتبار تقدمها والا بقي الفعل بلا قدرة والذي نختاره التعقيب في العلل الشرعية والعقلية حتى ان الانكسار يعقب الكسر في الخارج غير انه لسرعة اعقابه مع قلة الزمن الى الغاية اذ كان آنيا لم يقع تمييز التقدم والتأخر فيهما وهذا لان المؤثر لا يقوم به التأثير قبل وجوده وحالة خروجه من العدم لم يكن ثابتا فلابد من ان تكمل هويته ليقوم به عارضه والا لم يكن مؤثرا والله أعلم وثانيها ان المعلق كالمرسل عند الشرط فكان المولى والزوج أرسلا عنده فيسبق وقوع الاوجز وأنت حرة أو جزمن أنت طالق ثنتين فتطلق بعد الحرية ثنتين فلا تحرم بهما وثالثها ان المتعلقا بشرط واحد طلقت زمن نزول الحرية فيصادفها حرة لاقترانهما وجودا ولان الملك كان ثابتا بيقين فلا يزول بالشك قلنا التعلق بشرط واحد يقتضي أن يصادفها على الحالة التي صادفها عليها العتق وهي الرق فتغلظ الحرمة بلا شك فبطل الاخير واطباق العقلاء على ان الشئ زمن خروجه من العدم ليس بثابت فانتفى ما قبله والوقوع عند الشرط لا يتوقف على مضي قدر التكلم من الزمان بل بمجرد نزوله ينزل في أول آن يعقبه لانه نزول حكم فبطل ما قبلهما ورفع الاثر في البيع الفاسد لما أمكن وهو مطلوب شرعا أخر الى غاية يناسب التأخير اليها أعني القبض الذي له شبه بالعقد على ما عرف في الفصل الذي يلي باب المهر اما ما نحن فيه فلو أمكن رفعه لم يكن بعد وجود الشرط غاية يناسب اعتبار تأخيره الى ثبوته اليها كما هو في البيع فكيف وهو غير ممكن الرفع ولا الدفع فلا فائدة في تأخيره بل هو مخل بالاحتياط فبطل الاول

﴿فصل﴾ في تشبيه الطلاق ووصفه (قوله ومن قال لامرأته أنت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلاث) طعن على محمد في لفظ السبابة اذ الاسم الشرعي المسبحة وأجيب بان في بعض النسخ السباحة وبانه ورد أيضا في رواية ابن عباس رضي الله عنهما في صفة طهوره صلى الله عليه وسلم أدخل السبابتين في أذنيه كما قدمناه في كتاب الطهارة وبأن الاعلام لا توجب تحقق معانيها في مسمياتها وهذا منتف فان الاعتراض ليس باعتبار تحقق المعنى بل بالعدول عن الاسم الشرعي الى الشنيع والدفع برواية ابن عباس بناء على الظاهر من نقل الحديث باللفظ والا فقيل كون الاسم الشرعي المسبحة يوجب كون الحديث نقلا من بعض الرواة بالمعنى حملا على تحامي ابن عباس عنه فالاولى اعتبار تلك النسخة ونسبة غيرها الى التصحيف وان كانت هي أيضا غلطا لغة من جهة الاشتقاق لان الفعل سبح وفعال مبالغة في فاعل وليس منه فاعل بل الوصف منه مسبح وأما سباح فانما هو من سبح في الماء سباحة ثم شرع في الوجه فقال (لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم) يعني انظ هكذا وهذا غلط لفظا ومعنى أما لفظا فلان التي يكنى بها عن العدد كذا ولم يستعمل قط بها التنبيه والمستعمل بها ما يقصد فيه معاني الاجزاء نحو أهكذا عرشك يقصد بالهاء التنبيه وبالكاف التشبيه وبذا الاشارة وهذا هو المراد هنا في الحديث فقوله أنت طالق هكذا تشبيه بالعدد المشار اليه وهو العدد المفاد كميته بالاصابع المشار اليه بذا بخلاف كذا الكناية فانها لم تقصد فيها معاني الاجزاء بل كلمة مركبة للدلالة على عدد مبهم الجنس أو غيره كما في الخبر يقال للعبد أتذكر يوم كذا وكذا فعلت كذا وكذا ثم مميز هذه ليس الا ما يبين الجنس لا الكمية لانها وضعت لقصد ابهام الكمية نحو ملكت كذا عبدا ولا يقال كذا درهما عشرين ولا كذا عشرين درهما

﴿فصل في تشبيه الطلاق ووصفه﴾ ذكر وصف الطلاق بعد ذكر أصله وتنويعه في فصل على حدة لكونه تابعا (ومن قال لامرأته أنت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلاث لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم) لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما

﴿فصل في تشبيه الطلاق ووصفه﴾ قال المصنف (اذا اقترنت بالعدد المبهم) أقول اعترض بأن الذي يكنى به عن العدد المبهم هو لفظ كذا لا هكذا والتفصيل في شرح ابن الهمام ويؤيده ما ذكره عنونة الفصل بقوله في تشبيه الطلاق

قال عليه السلام الشهر هكذا وهكذا وهكذا الحديث وان أشار بواحدة فهي واحدة وان أشار بثنتين فهي ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمنشورة منها وقيل اذا أشار بظهورها فبالمضمومة منها واذا كان تقع الاشارة بالمنشورة منها فلو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف حتى يقع في الاولى ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر ولو لم يقل هكذا تقع واحدة لانه لم يقترن بالعدد المبهم فبقي الاعتبار بقوله أنت طالق (واذا وصف الطلاق بضرب من الشدة أو الزيادة كان بائنا مثل أن يقول أنت طالق بائن أو البتة) وقال الشافعي يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول بها لان الطلاق شرع معقبا للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو كما اذا قال أنت طالق على ان لا رجعة لي عليك ولنا انه وصفه بما يحتمله لفظه ألا ترى ان البينونة قبل الدخول بها وبعد العدة تحصل به

فليس هذا استعمالا عربيا وهذا هو غلط المعنى (قوله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا الخ) عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انا أمة أمية لا نكتب ولا نحسب الشهر هكذا وهكذا وهكذا وعقد الابهام في الثالثة والشهر هكذا وهكذا وهكذا يعني تمام ثلاثين متفق عليه (وان أشار بواحدة فهي واحدة وان أشار بالثنتين فهما ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمنشورة ولو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف) في الدراية الاشارة بالكف ان تقع الاصابع كلها منشورة فالذي يثبت بالنية منه أن تكون الاصابع الثلاث منشورة فقط حتى تقع في الاولى ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر وقيل ان أشار بظهورها بأن جعل باطنها اليه وظاهرها الى المرأة فبالمضمومة وقيل ان كان بطن كفه الى السماء فبالمنشورة وان كان الى الارض فبالمضمومة وقيل ان كان نشرا عن ضم فبالمنشورة للعادة وهذا قريب والمعول عليه اطلاق المصنف ولا يخفى ان قوله بالابهام والسبابة والوسطى ليس بقيد (قوله ولو لم يقل هكذا) يعني قال أنت طالق وأشار بأصابعه الثلاث ولم يقل هكذا يقع واحدة لانه لم يقترن بالعدد المبهم وعرفت ان الصواب أن يقال لانه لم يقترن بالتشبيه المتقدم (قوله واذا وصف الطلاق بضرب من الشدة أو الزيادة كان بائنا مثل أن يقول أنت طالق بائن أو البتة وقال الشافعي يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول وبقوله قال مالك وأحمد لان الطلاق شرع معقبا للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو لانه تغيير المشروع فصار كسلام من عليه السهو بقصد القطع لا يعمل قصده ويجب عليه سجود السهو وكقوله وهبتك على أن يثبت ملكك قبل القبض أو طالق على أن لا رجعة لي عليك ولنا أنه وصف الطلاق بما يحتمله وهو البينونة فانه يثبت به البينونة قبل الدخول في الحال وكذا عند ذكر المال وبعده بعد العدة فيقع واحدة بائنة اذا لم تكن له نية أو نوى الثنتين أما اذا نوى الثلاث فثلاث لما مر من أن اسم الواحدة لا يحتمل العدد المحض ولو سلم فالفرق أن لا رجعة تصريح بنفي المشروع وفي مسئلتنا وصفه بالبينونة ولم ينف الرجعة صريحا بل يلزم ضمنا ورد عليه انه لو احتمل البينونة لصحت ارادتها بطالق وتقدم في ايقاع الطلاق عدم صحتها وأجيب بأن عمل النية في الملفوظ لا في غيره ولفظ بائن ما صار ملفوظا بالنية بخلاف طالق بائن وفيه نظر اذ ليس معنى عمل النية في الملفوظ الا ترجيحه الى بعض محتملاته فاذا فرض اللفظ ذلك صح عمل النية فيه وقد فرض بطالق ذلك فتعمل فيه النية ولا تكون عاملة بلا لفظ بل ربما يعطي هذا الجواب افتقار طالق بائن في وقوع البينونة الى النية وليس كذلك وان قلنا في الجواب عدم صحة النية ليس لعدم الاحتمال بل لانه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة وبه علله المصنف هنالك ورد عليه أن تغيير المشروع كما منع من صحة النية يجب أن يمنع من صحة اللفظ اذا كان مغيرا نعم لو كانت البينونة بلفظ بائن على انه وصف للمرأة كطالق

(قوله النبي صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا وهكذا وهكذا) وخنس الابهام في الثالثة يعني ان الشهر يكون تسعة وعشرين يوما ومعنى خنس قبض (فان أشار بواحدة فهي واحدة وان أشار بثنتين فهي ثنتان) وقد طعن بعض الجهال على محمد في قوله بالسبابة بانه اسم جاهلي والاسم الشرعي المسبحة وأجيب بانه جاء في الحديث السبابة روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال كيف الطهور فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم بماء فتوضأ فادخل اصبعيه السباحتين أذنيه فمسح بابهاميه ظاهر أذنيه وبالسباحتين باطن أذنيه رواه الطحاوي في شرح الآثار وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد وقوله (والاشارة تقع بالمنشورة منها) ظاهر وقوله (ولنا انه وصفه) أي وصف الطلاق (بما يحتمله ألا ترى ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به) ولو لم يكن من محتملاته لم يحصل به

(فيكون هذا الوصف لتعيين أحد المحتملين) واعترض عليه بأنه لو كان محتملا لها لجاز نيتها فيقع بقوله أنت طالق واحدة بائنة اذا نوى وليس كذلك وأجيب بأن النية انما تعمل اذا لم تكن مغيرة للمشروع ونية البائن من قوله أنت طالق تغيير المشروع لان الطلاق شرع معقبا للرجعة ورد بأنه تسليم لدليل الخصم ومحوج الى الفرق بين عدم جواز كون النية مغيرة وجواز كون الوصف مغيرا للمشروع وأجيب بأن الفرق بينهما ان الوصف الملفوظ أقوى فى اعتبار الشرع من النية بدليل أنه لو قال أنت طالق ولم يتقدم له تطليق اعتبر الشرع ذلك طلاقا وغير به مشروعا وهو عدم اعتبار الكذب ولو نوى طلاقا ولم يتلفظ بلفظ لم يعتبر طلاقا فالنية لا يتغير المشروع وهو شرعية الوقوع بألفاظ الطلاق وقوله (ومسئلة الرجعة ممنوعة) أى لا نسلم انه لا يقع بائنا بل تقع واحدة بائنة ولئن سلم فالفرق ان فى قوله ان لا رجعة تصريحا بنفي المشروع وفى مسئلتنا وصفه بالبينونة ولم ينف الرجعة صريحا فيلزم منها نفي الرجعة ضمنا وكم من شئ يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا كذا أفاده شيخ شيخي العلامة وقوله (فتقع واحدة بائنة) يعنى فيما اذا قال أنت طالق بائن (اذا لم يكن له نية أو نوى الثنتين أما اذا نوى الثلاث فثلاث لما مر من قبل) أى فى باب ايقاع الطلاق بقوله ونحن نقول نية الثلاث انما صحت لكونها جنسا وقوله (تطليقتان بائنتان) يعنى عندنا وقياس قول الشافعى تطليقتان رجعيتان وقوله (لان هذا الوصف) يعنى قوله بائن أو البتة يصلح لابتداء الايقاع بان كان يقول أنت بائن أو أنت البتة ونوى به الطلاق وكذا اذا نوى بتة تطليقة أخرى ويكون خبرا بعد خبر فكان كقوله أنت طالق أنت بائن وكان ينبغى أن يكون أحدهما رجعيا عملا بقوله أنت طالق الا انا جعلناه بائنا لعدم الامكان لان الثانى يكون بائنا لا محالة عندنا فيكون الاول كذلك ضرورة اذ لا يتصور بقاء الاول رجعيا اذا صار الثانى بائنا وهذا يشير الى أن الاول يقع رجعيا ابتداء فينقلب بائنا بوقوع الثانى بائنا لعدم تصور بقائه رجعيا وهذا صحيح ظاهر ومن الناس من ذهب الى أن الاول يقع رجعيا فان أراد ما ذكرناه فلا كلام فيه وان أراد بقاءه رجعيا فليس بصحيح وقوله (وكذا اذا قال أنت طالق أفحش الطلاق) معطوف على قوله أنت طالق بائن فى الاحكام الاربعة وهى قوله فتقع واحدة بائنة اذا لم يكن له نية أو نوى الثنتين ولو نوى الثلاث فثلاث ولو نوى بقوله أنت طالق واحدة وبقوله أفحش الطلاق واحدة أخرى يقع تطليقتان

فيكون هذا الوصف لتعيين أحد المحتملين ومسئلة الرجعة ممنوعة فتقع واحدة بائنة اذا لم تكن له نية أو نوى الثنتين أما اذا نوى الثلاث فثلاث لما مر من قبل ولو عنى بقوله أنت طالق واحدة وبقوله بائن أو البتة أخرى تقع تطليقتان بائنتان لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع (وكذا اذا قال أنت طالق أفحش الطلاق) لانه انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو البينونة فى الحال فصار كقوله بائن وكذا اذا قال أخبث الطلاق (أو أسوأه لما ذكرنا وكذا اذا قال طلاق الشيطان أو طلاق البدعة) لان الرجعى هو السنى فيكون قوله البدعة وطلاق الشيطان بائنا وعن أبى يوسف فى قوله أنت طالق للبدعة انه لا يكون بائنا الا بالنية لان البدعة قد تكون من حيث الايقاع فى حالة حيض فلا بد من النية

لا وصف لطالق لكن ذلك منتف لانه اذا عناها وصفا للمرأة تقع ثنتان وهو ما ذكره المصنف بقوله ولو عنى بأنت طالق واحدة وبقوله بائن أو البتة أخرى تقع تطليقتان بائنتان على ان التركيب خبر بعد خبر لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع ولو أمكن أن يقال الايقاع ببائن وصفا لها وطالق قرينته فاستغنى به عن النية فلم يحتج اليها كما يحتاج الى النية لو أفرد لم يبعد لكن فيه ما فيه ثم بينونة الاولى ضرورة بينونة الثانية اذ معنى الرجعى كونه بحيث يملك رجعتها وذلك منتف باتصال البائنة الثانية فلا فائدة فى وصفها بالرجعية وكل كناية قرنت بطالق يجرى فيها ذلك فيقع ثنتان بائنتان (قوله وكذا اذا قال أنت طالق أفحش الطلاق) معطوف على أنت طالق بائن فى الاحكام الاربعة وقوع الواحدة بائنة اذا لم ينو شيأ أو نوى ثنتين والثلاث بالنية ولو عنى بطالق واحدة وبأفحش الطلاق أخرى يقع ثنتان وانما وقع البائن لانه أى الطلاق انما يوصف بهذا الوصف باعتبار أثره وهو قطع النكاح فى الحال فى البائن ومؤجلا بالانقضاء فى الرجعى وأفعل للتفاوت وهو يحصل بالبينونة فانه أفحش مما يثبت به مؤجلا أعنى الرجعى فصار كقوله بائن وكذا اذا قال أخبث الطلاق أو أسوأه أو أشره أو أخشنه أو أكبره أو أغلظه وأطوله وأعرضه وأعظمه كلها مثل أفحشه وسنذكر جواب انه لم يقع ثلاث وكذا طلاق الشيطان أو طلاق البدعة يقع به واحدة بائنة بلا نية لان الرجعى هو السنى فيكون البدعى وطلاق الشيطان هو البائن وفى عبارته تساهل اذ ليس الرجعى هو السنى بل أعم لانه لو طلقها فى الحيض كان رجعيا وليس سنيا وعن أبى يوسف فى قوله أنت طالق للبدعة لا يكون بائنا الا بالنية لان البدعة قد تكون من حيث الايقاع فى الحيض كما تكون بالبينونة فلا بد من النية ولو قال أقبح الطلاق فعند أبى يوسف

قوله (وأجيب بأن الفرق الى قوله بدليل انه لو قال أنت طالق الخ) أقول هذا مبنى على بقاء قوله أنت طالق على خبريته كما قاله البعض

قوله (وهذا يشير الى أن الاول يقع رجعيا ابتداء فينقلب بائنا الخ) أقول وفيه بحث والظاهر ان اطلاق البائن عليه من باب التغليب ووجه المجاز عدم ظهور أثر الرجعى.

وعن محمد انه اذا قال أنت طالق للبدعة أو طلاق الشيطان يكون رجعيا لان هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق في حالة الحيض فلا تثبت البينونة بالشك (وكذا اذا قال كالجبل) لان التشبيه به يوجب زيادة لا محالة وذلك باثبات زيادة الوصف وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال أبو يوسف يكون رجعيا لان الجبل شئ واحد فكان تشبيها به في توحده (ولو قال لها أنت طالق أشد الطلاق أو كألف أو ملء البيت فهي واحدة بائنة الا أن ينوي ثلاثا) أما الاول فلانه وصفه بالشدة وهو البائن لانه لا يحتمل الانتقاض والارتفاض أما الرجعي فيحتمله وانما تصح نية الثلاث لذكره المصدر وأما الثاني فلانه قد يراد بهذا التشبيه في القوة تارة وفي العدد أخرى يقال هو كألف رجل ويراد به القوة فتصح نية الامرين وعند فقدانها يثبت أقلهما وعن محمد انه يقع الثلاث عند عدم النية لانه عدد فيراد به التشبيه في العدد ظاهرا فصار كما اذا قال أنت طالق كعدد ألف

رجعي لاحتماله التبع الشرعي والطبيعي بأن يطلقها في وقت يكره فيه الطلاق طبعا كذا ذكر وكأنه الطهر الخالي عن الجماع فيجتمع الكراهة الطبيعية والشرعية أو يراد وقت تنفي نفرة الطباع فيه عن الطلاق وعند محمد بائن حملا له على المنهي عنه (قوله وعن محمد انه اذا قال أنت طالق للبدعة أو طلاق الشيطان يكون رجعيا) لما ذكرنا في وجه الرواية عن أبي يوسف (قوله وكذا اذا قال كالجبل) لان التشبيه بالجبل يوجب زيادة العظم فيحصل باثبات زيادة الوصف البينونة (وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال أبو يوسف يكون رجعيا لان الجبل شئ واحد فكان التشبيه في توحده) يعني يمكن ذلك فلا تثبت البينونة بالشك قلنا المعروف الذي هو كالصريح ان التشبيه بالجبل انما يراد في الثقل أو العظم فيثبت المشتهر قضية اللفظ وتتوقف الوحدة على النية بينه وبين الله تعالى أما القاضي فلا يصدقه فيها (قوله ولو قال لها أنت طالق أشد الطلاق أو كألف أو ملء البيت فهي واحدة بائنة الا أن ينوي ثلاثا أما الاول) وهو قوله أشد الطلاق (فلانه وصفه بالشدة) فان قيل بل بالاشدية فيجب وقوع الثلاث وكذا كل ما كان مثله مثل أقبح الطلاق أجيب بان أفعل يراد به أيضا الوصف كقولهم الاشج والناقص أعدلا بني مروان أي عادلاهم فلا يحمل على الثلاث بالاحتمال ولا يخفى ان الاعتبار للظاهر ولذا ثبت البائن كالجبل مع احتمال ارادة كون وجه التشبيه الوحدة والاوجه ان هذا الاحتمال يجعل ظاهرا لحرمة الثلاث فصار الى الواحدة البائنة وتوقف الثلاث على النية ثم قوله (وانما تصح نية الثلاث لذكره المصدر) فان المعنى طالق طلاقا هو أشد الطلاق والحاصل ان أفعل التفضيل بعض ما أضيف اليه فكان أشد معبرا به عن المصدر الذي هو الطلاق (قوله وأما الثاني وهو قوله كألف فقد يراد به التشبيه في القوة) كما يقال زيد كألف رجل أي بأسه وقوته كبأسهم وقوتهم وقد يراد به التشبيه في العدد فيصير كالنص على العدد فقال كعدد ألف أو قدر عدد ألف وفيه يقع ثلاث اتفاقا فتصح نية كل من الامرين وعند فقدانها يثبت أقلهما وعند محمد يقع الثلاث عند عدم النية لانه عدد فيراد به التشبيه في العدد ظاهرا فصار كقوله طالق كعدد ألف ومعلوم ان التشبيه بالعدد ليس له معنى في خصوص الكمية والالو قال أنت طالق ألفا اذ لا معنى لقوله ألف تشبيه هذه الالف فانه يستقيم في الكثرة أي طالق عددا كثيرا ككثرة الالف والكثرة التي تشبه كثرة الالف ما يقاربها فلا بد ان يزيد على اثنين فيقع الثلاث قلنا كون التشبيه به في القوة أشهر فلا يقع الآخر الا بالنية بخلاف عدد الالف وعلى هذا الخلاف مثل ألف اما لو قال واحدة كألف فهي واحدة بائنة بالاجماع ولو شبه بالعدد فيما لا عدد به فقال طالق كعدد الشمس أو التراب أو مثله فعند أبي يوسف رجعية واختاره امام الحرمين من

أو أشره أو أسوأه لان الطلاق انما يوصف بهذا الوصف باعتبار أثره وهو البينونة في الحال لا باعتبار ذاته لكونه غير محسوس وما هو غير محسوس فانما يعرف بأثره وصار كانه قال أنت بائن فان قيل أفحش وأشد ونحوهما أفعل التفضيل [illegible] في فاحشا وأفحش والفاحش هو البائن والافحش منه هو الثلاث فينبغي أن تقع الثلاث به نوى أو لم ينو أجيب بان أفعل قد يكون لاثبات أصل الوصف من غير زيادة كقوله الناقص والاشج أعدلا بني مروان وهو مشهور بمعنى للاضافة بالمعنى الثاني وكلامه واضح لا يحتاج الى شرح وذكر الاصل الذي يبتني عليه أقوالهم وهو أيضا واضح

قال المصنف (أما الاول فلانه وصفه بالشدة) أقول فيه اشارة الى أن الاشد بمعنى الشديد قال المصنف (لذكره المصدر) أقول يعني تقديرا اذ المعنى طالق طلاقا أشد الطلاق قال المصنف (يقال هو كألف ويراد به القوة) أقول فيه ان قوة الالف أن لا تحل حتى تنكح زوجا غيره

وأما الثالث فلان الشئ قد علأ البيت لعظمه فى نفسه وقد علؤه لكثرته فاى ذلك نوى صحت نيته وعند انعدام النيـة يثبت الاقل ثم الاصل عند أبى حنيفـة انه متى شبه الطلاق بشئ يقع بائنا أى شئ كان المشبه به ذكر العظم أولم يذكر لما مران التشبيه يقتضى زيادة وصف وعند أبى يوسف ان ذكر العظم يكون بائنا والافلا أى شئ كان المشبه به لان التشبيه قد يكون فى التوحيد على التجريد أما ذكر العظم فللزيادة لامحالة وعنـد زفران كان المشـبه به مما يوصف بالعظم عنـد الناس يقع بائنا والافهو رجعى وقيـل محـمد مع أبى حنيفة وقيـل مع أبى يوسف وبيانه فى قوله مثل رأس الابرة مثل عظم رأس الابرة ومثل الجبل

الشافعيـة لان التشبيه بالعدد فيما لاعدد له لغو ولاعدد للتراب وعنـد محمد يقع الثـلاث وهو قول الشافعى وأحمد لانه يراد بالعدد اذا ذكر الكثرة وفى قياس قول أبى حنيفـة واحدة بائنة لان التشبيه يقتضى ضربا من الزيادة كما مر اما لو قال مثـل التراب يقع واحـدة رجعية عنـد محمـد وعنـه فى كالنجوم تقع واحـدة وكعدد النجوم ثلاث والفرق له بين هـذا وبين قوله كالف ان الالف موضوع للعـدد فيكون التشبيه به للكثرة بخـلاف النجوم فيحتمل التشبيه فى النور ولو قال كثـلاث فهى واحدة بائنة عنـد أبى يوسـف وثلاث عند محمـد كما لو قال كعدد ثلاث وهـذا ضعيف لانه تشبيه العـدد بالعـدد فى خصوص الكمية وفيـه ماذكرناه آنفا وفى كافى الحاكم لو قال أنت طالق أكثر الطـلاق فهى ثلاث لايدين فيها اذا قال نويت واحدة اهـ ولو أضافه الى عـدد معلوم النفى كعدد شعر بطن كفى أو مجهول النفى والاثبات كعدد شـعر ابليس أونحوه تقع واحدة أو من شأنه الثبوت لكنه كان زائلا وقت الحلف بعارض كعدد شعر ساقى أو ساقك وقد تنورا لايقع لعدم الشرط (قوله وأما الثالث) هو قوله مل ء البيت فلان الشئ قد علأ البيت لعظـمه فى نفسـه وقد علؤه لكثرته فأى ذلك نوى صحت نيته وعنـد عدم النيـة يثبت الاقل وهو ظاهر (قوله ثم الاصـل) الاصل انه اذا وصف الطلاق بما لايوصـف به يلغو الوصف ويقع رجعيا نحو طلاقا لايقع عليك أو على انى بالخيار وان كان يوصـف به فاما ان لاينبئ عن زيادة فى أثره كقوله أحسـن الطلاق أسـنه أجمله أعدله خيره أكمله أتمه أفضـله فيقع به رجعيا وتكون طالقا للسـنة فى وقت السـنة وان نوى ثلاثا فهى ثلاث للسـنة وفى مختصر الطحاوى لو قال أنت طالق تطليقـة حسـنة أو جميلة كانت طالقا وعلك رجعتها حائضا كانت أو غـير حائض ولم تكن هـذه التطليقـة للسنة قال وروى أصحاب الاملاء عن أبى يوسـف انها طالق تطليقة للسـنة كما لو قال أنت طالق أحسن الطـلاق أو ينبئ كاشده وأطوله يقع به بائنا وأما تشبيهه فكلامهـم على انه بائن عند أبى حنيفـة أى شئ كان المشـبه به كرأس ابرة وحبة خردل أو كسمسمة لاقتضاء التشبيه الزيادة وعند أبى يوسـف ان ذكر العظـم فكذلك والافرجعى أى شئ كان المشبه به ولو كان عظيما لان التشبيه قد يكون من حيث التوحيـد والتجريد والعظـم للزيادة لامحالة وعنـد زفر ان كان المشبه به مما يوصف بالعظم عنـد الناس فبائن والافرجعى ذكر العظم أولا وبيان الاصول فى مثل رأس ابرة عند أبى حنيفة بائن وعنـد أبى يوسف رجعى الا أن يقول كعظم رأس ابرة فحينئذ هو بائن وعند زفر رجعية وفى كالجبل بائن عند أبى حنيفة وزفـر رجعى عند أبى يوسف الا أن يقول كعظم الجبل ولو قال مثل عظمه فهو بائن عند الكل وقول محمد قيل مع أبى حنيفة وقيل مع أبى يوسف هـذا كله عند عدم النية أما لو نوى الثلاث فى هـذه الفصول صحت نيتـه لان الواقع بها بائن والبينونة تتنوع الى غليظة وخفيفة وفى شرح الكنز كالثلج بائن عند أبى حنيفة وعندهـما ان أراد به بياضه فرجعى

وقوله (و بيانه فى قوله مثل رأس الابرة) يقع به واحدة بائنة عند أبى حنيفة خاصة على تقدير أن يكون محمد مع أبى يوسف وقيـل مثل عظم رأس الابرة يقع به واحدة بائنة عنـد أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد وقوله (مثـل الجبل) يقع واحدة بائنة عنـد أبى حنيفة وزفر ومحمد ان كان مع أبى حنيفة

قال المصنف (ثم الاصل عنـد أبى حنيفة رحمه الله انه متى شبه الطلاق بشئ يقـع بائنا أى شئ كان المشـبه به ذكر العظـم أولم يذكر) أقـول قال الامام التمرتاشى لان الشئ قد يشـبه بغيره لعظمه وقد يشبه بحقارته والحقير مكـروه عادة والبائن مكـروه فيكون عبارة عن البائن انتهى فيـه ان الشكل الثانى لاينتج اذا لم يختلف مقدمتاه فى الكيف مع أن الحقير قليل الاثر عادة والرجعى كذلك فيكون عبارة عن الرجعى قال المصنف (لما مران التشبيه الخ) أقول قبل ثمانية اسطر قال المصنف (وعند أبى يوسف رحمه الله ان ذكر العظم يكون بائنا والافلا أى شئ كان المشبه به)

وقوله (مثل عظم الجبل) يقع به واحدة بائنة بالاتفاق اما عند أبي حنيفة فلوجود التشبيه واما عند أبي يوسف فلذكر العظم واما عند زفر فلكون الجبل مما يوصف بالعظم عند الناس والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل في الطلاق قبل الدخول﴾ لما كان الطلاق قبل الدخول من الطلاق بعده بمنزلة العارض من الاصل وله أحكام جمة ذكره في فصل على حدة بعد ذكر ما هو الاصل (اذا قال لغير الممسوسة أنت طالق ثلاثا وقعن) وقال الحسن البصري يقع واحدة بقوله أنت طالق وتبين بها الا الى عدة وقوله ثلاثا يصادفها وهي أجنبية فلا يقع به شئ كما لو قال أنت طالق طالق طالق ولنا

ماذكر في الكتاب وهو لان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلاثا على ما بينا يعني قبل هذا ان الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الخ وانما يقدر المصدر محذوفا لان الـ[illegible] نعت المرأة وهي غير متعددة فلا بد من تقدير شئ يحتمل التعدد والمصدر أولى بذلك لدلالة الوصف عليه فاذا كان الواقع مصدرا محذوفا فلم يكن قوله أنت طالق ايقاعا على حدة والا لزاد عدد الطلاق وهو غير مشروع فيقعن جملة

مثل عظم الجبل (ولو قال أنت طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة فهي واحدة بائنة) لان ما لا يمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن وما يصعب تداركه يقال لهذا الامر طول وعرض وعن أبي يوسف انه يقع بها رجعية لان هذا الوصف لا يليق به فيلغو ولو نوى الثلاث في هذه الفصول صحت نيته لتنوع البينونة على ما مر والواقع بها بائن

﴿فصل﴾ في الطلاق قبل الدخول (واذا طلق رجل امرأته ثلاثا قبل الدخول بها وقعن عليها) لان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلاثا على ما بيناه فلم يكن قوله أنت طالق ايقاعا على حدة فيقعن جملة

وان أراد به برده فبائن اه وهذا يقتضي ان أبا يوسف لا يقصر البينونة في التشبيه على ذكر العظم بل يقع بدونه عند قصد الزيادة وكذا يبعد كل البعد أن يقع بائن عند أبي حنيفة لو قال أنت طالق كأعدل الطلاق وكأسنه وكأحسنه والله سبحانه أعلم (قوله ولو قال أنت طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة فهي واحدة بائنة لان ما لا يمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن وما يصعب تداركه يقال فيه لهذا الامر طول وعرض) فهو البائن أيضا (وعن أبي يوسف انه يقع بها رجعية لان هذا الوصف لا يليق به فيلغو) وفي الكافي للحاكم لو قال أنت طالق طول كذا وكذا أو عرض كذا وكذا فهي واحدة بائنة ولا يكون ثلاثا وان نواها الا ان الطول والعرض يدلان على القوة لكنهما يكونان للشئ الواحد فكأنه قال طالق واحدة طولها كذا وعرضها كذا فلم تصح نية الثلاث (قوله ولو نوى الثلاث في هذه الفصول صحت نيته لتنوع البينونة الخ) أراد بالفصول ما ذكره من قوله طالق بائن أو البتة أو أفحش الطلاق أو أخبثه أو أسوأه وطلاق الشيطان والبدعة وأشده كألف وملء البيت ومثل رأس ابرة ومثل الجبل وطالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة لانها كلها بوائن والبينونة تتنوع الى خفيفة وغليظة وكذا ذكر الصدر الشهيد وقال العتابي الصحيح انه لا تصح نية الثلاث في طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة لانه نص على التطليقة وانها تتناول الواحدة ونسبه الى شمس الائمة ورجح بأن النية انما تعمل في المحتمل وتطليقة بتاء الوحدة لا تحتمل الثلاث

﴿فصل﴾ في الطلاق قبل الدخول لما كان النكاح للدخول كان الطلاق بعده على الاصل لان الاصل حصول غرض الشئ بعد وجوده وقبله بالعوارض فقدم ما بالاصل على ما بالعوارض (قوله واذا طلق الرجل امرأته ثلاثا قبل الدخول وقعن عليها لان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا) أي تطليقا ثلاثا على ما بيناه في الفصل وفي باب ايقاع الطلاق ان الواقع عند أنت طالق مصدره وتطليق

أقول قال ابن الهمام وفي شرح الكنز الزيلعي كالثلج بائن عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ان أراد به بياضه فرجعي وان أراد به برده فبائن انتهى وهذا يقتضي ان أبا يوسف لا يقصر البينونة في التشبيه على ذكر العظم بل يقع بدونه عند قصد الزيادة وكذا يبعد كل البعد أن يقع بائن عند أبي حنيفة رحمه الله لو قال أنت طالق كأعدل الطلاق وكأسنه وكأحسنه انتهى وأنت خبير باحتياج صحة التفريع بقوله وكذا الخ الى توجيه

﴿فصل في الطلاق قبل الدخول﴾ قال المصنف (لان الواقع مصدر محذوف) أقول فيه تسامح والمراد هو المصدر المحذوف مع صفته (قوله لدلالة الوصف عليه) أقول يعني بطريق الاقتضاء (قوله والا لزاد عدد الطلاق وهو غير مشروع) أقول قيل ان أريد الزيادة وقوعا فلا نسلم ذلك لان الواقع ثلاث لا غير كما اذا قال للمدخول بها أنت طالق الفا وان أريد الزيادة لفظا فلا نسلم كونه محذورا

يثبت

(فان فرق الطلاق بانت بالاولى ولم تقع الثانية والثالثة) وذلك مثل أن يقول أنت طالق طالق طالق لان كل واحدة ايقاع على حدة اذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه فتقع الاولى في الحال فتصادفها الثانية وهي مبانة (وكذا اذا قال لها أنت طالق واحدة وواحدة وقعت واحدة) لما ذكرنا انها بانت بالاولى (ولو قال لها أنت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلا) لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع فبطل (وكذا لو قال أنت طالق ثنتين أو ثلاثا) لما بينا

يثبت مقتضى وهو الموصوف بالعدد وطلاقها أثره وبه دفع قول الحسن البصري وعطاء وجابر بن زيد انه يقع عليها واحدة لبينونتها بطالق ولا يؤثر العدد شيأ ونص محمد قال اذا طلق الرجل امرأته ثلاثا جميعا فقد خالف السنة وأثم بربه وان دخل بها أو لم يدخل سواء ثم قال بلغنا ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن علي وابن مسعود وابن عباس وغيرهم رضوان الله عليهم أجمعين ولا ينافي قولنا الانشاء ان يكون عند ذكر العدد يتوقف الوقوع على ذكر العدد وكونه وصفا المحذوف أما لو قال أوقعت عليك ثلاث تطليقات فانه يقع الثلاث عند الكل (قوله وان فرق الطلاق بانت بالاولى ولم تقع الثانية) وذلك كقوله أنت طالق طالق طالق لانه ليس في آخر الكلام ما يغير أوله ليتوقف أوله فلم يقع بطالق الاول شئ فان قيل لو قال بالواو وطالق وطالق وطالق أو طالق واحدة وواحدة وواحدة فالحكم كذلك مع ان الواو للجمع وهو يغير حكم التفريق اذ الحاصل به كالحاصل بطالق ثلاثا وحكمهما مختلف لان في التفريق تبين بواحدة فينبغي أن يتوقف الصدر فيقع الثلاث كما قال مالك وأحمد قلنا الجمع الذي يباين التفريق حكما هو الجمع بمعنى المعية المغير له كلفظ ثلاثا ونحوه وليس الواو للجمع بهذا المعنى بل لجمع المتعاطفات في معنى العامل أعم من كونه على وجه المعية وعلى تقدم بعض المتعاطفات بها في تعلق معنى العامل به وتأخره وكل من الجمع بمعنى المعية ومن الجمع بمعنى ترتب المتعاطفات على الترتب اللفظي وعكسه أفراده ولا دلالة للاعم على الاخص فليس للواو دلالة على الجمع بمعنى المعية بل تصدق معه كما تصدق مع التعاقب في التعلق فلم يكن ذكرها بالضرورة ذكر مغير لعدم الدلالة على ما يوجب التغيير وهو المعية ولان الحكم يتوقف الصدر يتوقف على الحكم بأنها في التركيب للمعية واذا علمت انها لا تتعرض الا للقدر المشترك لم يجب اعتبارها الفرد الذي هو المعية بعينه وليس هو بأولى من اعتبارها للفرد الذي هو التعاقب في معنى العامل وبعدم اعتبارها للمعية يعمل كل لفظ عمله فتبين بالاولى فلا يقع ما بعدها غير متوقف ذلك على اعتبارها للترتيب فاندفع ما قيل لو لم يتوقف لعدم اعتبارها للمعية لزم اعتبارها للترتيب وأما وقوع الثلاث على غير المدخول بها اذا قال أنت طالق احدى وعشرين ووقوع الثنتين في قوله لها أنت طالق واحدة ونصف واحدة فليس للتوقف بسبب ايجاب الواو المعية بل لانه أخصر ما يلفظ به اذا أراد الايقاع بهذه الطريقة وهو مختار في التعبير لغة وان لم يكن مختارا في احدى وعشرين شرعا الا ان الشرع لم ينف حكمه اذا تكلم به وذكر شمس الائمة في المسئلتين خلاف زفر فلا يقع عنده الا واحدة لوجود العطف فيسبق الواقع الاول أما لو قال أنت طالق احدى عشر فانه يقع الثلاث بالاتفاق لعدم العاطف ووقوع الثلاث عليها اذا قال لها أنت طالق ثلاثا ان شئت فقالت شئت واحدة وواحدة وواحدة لان تمام الشرط بآخر كلامها وما لم يتم الشرط لا يقع الجزاء واعلم ان شمس الائمة حكى بين أبي يوسف ومحمد خلافا في نحو أنت طالق وطالق وطالق ان عند أبي يوسف تبين قبل أن يفرغ من الكلام الثاني وعند محمد بعد فراغه منه لجواز ان يلحق بكلامه شرطا أو استثناء ورجح في أصوله قول أبي يوسف أنه ما لم يقع الطلاق لا يفوت المحل فلو توقف وقوع الاولى على التكلم بالثانية لوقعا جميعا لوجود المحل للثلاث حال التكلم بها ولا يخفى ان النظر الى تعليل محمد بتجويز ان يلحقه مغير يفسد

وصار الكل كلاما واحدا ولا كذلك أنت طالق طالق طالق لكونها جملا فيكون كل واحد ايقاعا على حدة وتبين بالاولى ولا تقع الثانية اذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه لان الثانية صادفتها وهي مبانة كما لو قال أنت طالق واحدة وواحدة (ولو قال أنت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة بطل لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع فبطل وكذا لو قال أنت طالق ثنتين أو ثلاثا لما بينا) أنه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد

(قوله ولا كذلك أنت طالق طالق طالق لكونها جملا الخ) أقول ولك ان تقول لم لا يجوز أن يكون من قبيل قوله صلى الله عليه وسلم فنكاحها باطل باطل باطل واحتمال كونها جملا لا يجدي نفعا اذ الطلاق لا يثبت بالشك مع أن الحذف خلاف الاصل واللائق بحال المسلم أن لا يجمع الثلاث في وقت ثم فائدة ما قلنا تظهر في المدخولة فتأمل قال

المصنف (اذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره) أقول سيأتي في هذه الصحيفة أمثلته

(وهـذه) أي هذه المسائل الثـلاث وهي قوله أنت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة وكذا لوماتت قبل قوله ثنتين أوماتت قبل قوله ثلاثا (توافق ماقبلها) وهوقوله واذا طلق الرجـل امرأته ثلاثا قبـل الدخول بها وقعن (من حيث الدليل) وهوان الواقع فيهما جميعا ذكر العـدد لاذكر الوصف وحـده الاأن الحكم اختلف لما أن ذكر العـدد الذي هوالواقع في هـذه المسائل الثـلاث صادف المرأة وهي ميتة فلم يقع الطلاق أصلا وهناك لما لم يقع الطلاق بذكر الوصف نفسه بل بالعدد وصادفها العدد وهي منكوحته حية وقع الثلاث لكون الواقع هوالعدد فكان الاعتبار في الصورتين للعدد لا للوصف (قوله ولوقال أنت طالق واحدة قبـل واحدة) اعلم ان كلمة

قبـل للتقديم وكلمة بعـد للتأخير فاذا **(٨٤)** قال أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة وقعت واحدة واذا قال أنت طالق واحـدة قبلها واحدة أو بعـد واحـدة وقعت ثنتان وذلك مبـني على أصلين ذكرهما المصنف في الكتاب أحـدهما ان الظرف اذا قيـد بالكناية كان صـفة لما بعده واذا لم يقيـد كان صـفة لما قبله والثـاني ان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال لان الاسـناد ليس في سـعته فاذا قيـل لغير المدخول بها أنت طالق واحدة قبل واحدة كان الظرف صفة لما قبله فيقع واحـدة قبل الاخرى فيفوت المحل وتلغو الثانيـة واذا قال قبلها واحدة يكون صفة للثانية فاقتضى ايقاعها في الماضي وايقاع الاولى في الحال والايقاع في الماضي ايقاع في الحال فيقـترنان في الوقوع والبعدية في قوله بعد واحدة صـفة لما قبله فيقتضي ايقاع الاولى في الحال وايقاع الثانية قبلها فيقترنان كما مر وفي قوله بعدها واحدة صفة للثانيـة فتبين بالاولى وتلغو الثانية لفوات المحليـة (ولوقال أنت طالق واحـدة مع واحدة أو معها واحدة وقعت ثنتان) لان كلمة مع للقران فتتوقف الاولى على الثانية تحقيقا للمراد فوقعتا معا وعن أبي يوسف في قوله معها انها تقـع واحـدة لان الكناية تسـتدعي سـبق المكني عنـه وجودا وذلك في الطلاق بالوقوع

وهـذه تجانس ماقبلها من حيث المعنى (ولوقال أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة وقعت واحدة) والاصـل انه متى ذكر شيئين وأدخل بينهما حرف الظرف ان قرنها بهاء الكناية كان صـفة للمذكور آخرا كقوله جاءني زيد قبله عمرو وان لم يقرنها بهاء الكناية كان صـفة للمذكور أولا كقوله جاءني زيد قبل عمرو وايقـاع الطلاق في المـاضي ايقاع في الحال لان الاسناد ليس في وسعه فالقبلية في قوله أنت طـالق واحدة قبل واحدة صفة للاولى فتبين بالاولى فلا تقع الثانيـة والبعدية في قوله بعدها واحدة صفة للاخيرة فحصـلت الابانة بالاولى (ولوقال أنت طالق واحـدة قبلها واحدة تقع ثنتان) لان القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية فاقتضى ايقاعها في الماضي وايقاع الاولى في الحال غيران الايقاع في الماضي ايقاع في الحال أيضا فيقـترنان فيقعان وكذا اذا قال أنت طالق واحـدة بعـد واحـدة لان البعـدية صـفة للاولى فاقتضى ايقاع الواحـدة في الحال وايقاع الاخرى قبـل هذه فتقترنان (ولو قال أنت طالق واحدة مع واحـدة أو معها واحدة تقع ثنتان) لان كلمة مع للقران وعن أبي يوسف في قوله معها واحدة أنه تقع واحدة لان الكناية تقتضي سبق المكني عنه لامحالة

ان المراد تأخر ظهور وقت الوقوع فان مقتضاه انماهوانه اذا ألحق تبين عـدم الوقوع واذا لم يلحق تبين الوقوع من حين تلفظ بالاول وهذا لاينفيه أبو يوسف فلا خلاف في المعـنى بينهما (قوله وهـذه) أي المسائل الثلاث (تجانس ماقبلها من حيث المعنى) وهوفوات المحل عند الايقاع فلا يقع شئ غيران فواته في هذه بالموت فلا يقع شئ كما لوقال أنت طالق ان شاء الله فماتت قبـل ان يقول ان شاء الله لايقع عليها شئ وفيما قبلها بالطلاق فيقع الاول دون مابعده (قوله ولوقال أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة وقعت واحدة والاصل فيه انه اذا ذكر شيئين ودخل بينهـما ظرفا ان قرنها بهاء الكناية) أي أضـيفت كلمـة الظرف الى ضمـير الاول كانت صـفة للمذكـور آخرا كجاءني زيد قبـله عمرو وان لم يقرنها بها بل أضيفت الى ظاهر كجاء زيد قبل عمرو كان صفة للاول بالضرورة ولانها حينئذ خـبر عنـه أما اذا قرن بها ارتفع عمرو والمتأخر بالابتداء ويكون الظرف خبره والخـبر وصف للمبتدا وحينئـذ القبليـة في واحدة قبل واحدة صفة للاولى فتطلق واحدة تقع قبل الثانية المذكورة في اللفظ أعـني المضاف اليها لفظة قبـل فلا يلحقها الثانية وفي قبلها واحدة صفة للاخـيرة لانها المبتدأ المخبر بالظرف عنه والجملة موصوف بمضمونها واحدة الاولى فقد أوقع واحدة موصوفة بقبلية أخرى لها ولا يقدر عليـه اذلم يكن في الواقع لها وجود سابق على الموقعة فيحكم أن الايقاع في الماضي ايقاع في الحال فيقـترنان فيقعان واذا

قال المصنف (وهـذه تجانس ماقبلها من حيث المعـنى) أقول قال ابن الهمام وهوفوات المحل عند الايقاع انتهى وهذا مبني على أن يكون ماقبلها اشارة الى مافي حـيزفان فرق الطلاق (قوله توافق ماقبلها الى قوله من حيث الدليل) أقول قوله من حيث الدليل متعلق بقوله توافق قوله (وهوان الواقع فيهما جميعا ذكر العدد) أقول المراد من الذكر المذكور أي العـدد المذكور

وفى المدخول بها تقع ثنتان فى الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى (ولو قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة عند أبى حنيفة وقالا تقع ثنتان ولو قال لها أنت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين) بالاتفاق لهما ان حرف الواو للجمع المطلق فتعلقن جملة كما اذا نص على الثلاث أو أخر الشرط .

كان الظرف لفظة بعد فى واحدة بعد واحدة يكون صفة للاولى فقد أوقع واحدة موصوفة بأنها بعد أخرى وهو معنى قبلية أخرى لها ولا قدرة على تقديم مالم يسبق الوجود على الموجود فيقترنان بحكم ان الايقاع فى الماضى ايقاع فى الحال فيقعان وفى واحدة بعدها واحدة أوقع واحدة موصوفة ببعدية أخرى لها فوقعت الاولى قبلها فلا تلحق الثانية غير المدخول بها وأما اذا قال واحدة معها واحدة أومع واحدة فلا فرق فى الحاصل لان مع للقران فيتوقف الاول على الثانى تحقيقا لمعناها وعن أبى يوسف فى قوله معها واحدة تقع واحدة لان الكناية تستدعى سبق المكنى عنه قلنا وقد وجد وهى واحدة التى هى مرجع الضمير اذ قد سبق لفظها غير انه يجب التوقف لاتصال المغير وهو المعية المانعة من انفراد السابق الحكم الذى هو مقتضاه من حيث هو منفرد لفظا وان عنى سبق وجوده فممنوع ومن مسائل قبل وبعد ماقيل منظوما

فى فتى علق الطلاق بشهر * قبل مابعد قبله رمضان

وصوره ثلاث لانه اما أن يكون جميع ماذكر بلفظ قبل أو جميعه بلفظ بعد أو جمع بينهما فى الجمع كالبيت يلغى قبل ببعد فيبقى شهر قبله رمضان فيقع فى شوال وفى نحوه ثلاث صور أخرى وذلك لانه لا يخلو من انه اذا كرر لفظة قبل مرة واحدة ان يتخلل بينهما بعد كما فى البيت وقد عرفت حكمه أو لا يتخلل بل يكون المذكور محض قبل نحو فى شهر قبل ماقبل قبله رمضان فيقع فى ذى الحجة ومن انه اذا كرر لفظة بعد مرة واحدة ان يتخلل بينهما قبل قلب البيت وحكمه انه يلغى بعد بقبل فيبقى شهر بعده رمضان فيقع فى شعبان أو لا يتخلل بل المذكور محض بعد نحو فى شهر بعد مابعد بعده رمضان فيقع فى جمادى الآخرة (قوله وفى المدخول بها) يعنى ان ماذكرناه من التفصيل فى قبل واحدة وقبلها واحدة وبعد واحدة وبعدها واحدة هو فى غير المدخول بها أما فى المدخول بها فيقع ثنتان فى الوجوه كلها أى فى قبل واحدة وقبلها واحدة وبعد واحدة وبعدها واحدة واستشكل فى واحدة قبل واحدة لان كون الشئ قبل غيره لا يقتضى وجود ذلك الغير على ماذكر محمد فى الزيادات نحو قوله تعالى فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا لنفد البحر قبل أن تنفد كلمات ربى وقول النبى صلى الله عليه وسلم خللوا أصابعكم قبل ان يتخللها نار جهنم وأجيب بأن اللفظ أشعر بالوقوع وكون الشئ قبل غيره يقتضى وجود ذلك الغير ظاهرا وان لم يستدعه لا محالة والعمل بالظاهر واجب ما أمكن (قوله ولو قال لها) أى لغير المدخول بها ان دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقع عليها واحدة عند أبى حنيفة وقالا ثنتان) ولو قدم الجزاء فقال أنت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين بالاتفاق لهما ان الواو للجمع المطلق أى لجمع المتعاطفات مما قبلها ومابعدها فى الحكم سواء كان عاملا كجاء زيد وعمرو أو لا كزيد وعمرو وبكر جاؤا مطلقا أى بلا قيد معية أو ترتيب بل أعم من ذلك يصدق مع كل منهما وقد جمع بين الواحدة والواحدة فى التعليق بدخول الدار فصار كما اذا جمع بينهما بلفظ الجمع بأن قال ان دخلت الدار فأنت طالق ثنتين وكما اذا أخر الشرط والمسئلة بحالها وهذا التفريق اللفظى لا أثر له لانه فى حال التكلم يتعلق الطلاق لا فى حال التطليق تنجيزا بخلاف قوله لغير المدخول بها أنت طالق واحدة وواحدة لانه فى حال الايقاع ولا موجب لتوقف الاول فيقع اما هنا فيتوقف فيتعلق الكل دفعة ثم

وقوع الاولى قال (ولو قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة) أقول اذا علق بالشرط عددا من الطلاق وعطف بعضه على بعض بالواو فاما ان قدم الشرط أو أخره فان كان الثانى كما اذا قال أنت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت وقع الجميع بالاتفاق وان كان الاول كما اذا قال ان دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة فكذلك عندهما وقال أبو حنيفة تقع واحدة (لهما ان الواو للجمع المطلق) وقد دخلت بين الاجزية فيجمع بينهما فيتعلقن جميعا وينزلن جملة كما لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا لان الجمع بالواو كالجمع بلفظ الجمع وكما لو أخر الشرط فان تأخيره لا يغير موجب الكلام قال المصنف (وفى المدخول بها تقع ثنتان فى الوجوه كلها) أقول قال ابن الهمام واستشكل فى واحدة قبل واحدة لان كون الشئ قبل غيره لا يقتضى وجود ذلك الغير على ماذكر فى الزيادات نحو فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا لنفد البحر قبل أن تنفد كلمات ربى وأجيب بأن اللفظ أشعر بالوقوع

وكون الشئ قبل غيره يقتضى وجود ذلك الغير ظاهرا وان لم يستدعه لا محالة والعمل بالظاهر واجب ما أمكن انتهى وفيه تأمل

وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب فعلى اعتبار الاول تقع ثنتان وعلى اعتبار الثانى لاتقع الا واحدة كما اذا نجز بهذه اللفظة فلا يقع الزائد على الواحدة بالشك بخلاف ما اذا أخر الشرط لانه مغير صدر الكلام فيتوقف الاول عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف

ينزلن كذلك فيقع الكل ولو سلم التعاقب فى التعلق فالثلاث معلقات بشرط واحد على التعاقب تنزل جملة عند وجوده كما لو حصل باعيان تخللها أزمنة كما لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق ثم بعد زمان قال ان دخلت فأنت طالق فدخلت يقع الكل اتفاقا وقول المصنف كما اذا نص على الثلاث غير مناسب للصورة وكذا فيتعلقن ويقعن (**قوله وله ان الجمع المطلق**) الذى هو معنى الواو يحتمل عند وقوع الواو فى الاستعمال ان يراد من حيث هو فى ضمن القران أو الترتيب وهذا لانه لا يراد فى الاستعمال الخاص الاعم الا من حيث هو فى ضمن أحد أخصائه وعلى الاعتبار الثانى وهو ان يراد الجمع بوصف الترتيب لا يقع الا واحدة كما اذا نجز الثلاث بالواو لغير المدخول بها يقع واحدة لملاحظة هذا الاعتبار ويلغو ما بعدها لفوات المحل فهكذا هذا لانه حينئذ يكون المراد ان دخلت فأنت طالق واحدة وبعدها واحدة أخرى وبعدها أخرى ويفوت المحل بالاولى وعلى اعتبار ارادة المعية ينزل الكل ولا تتعين لاحد الجائزين ونزول الطلاق عند الشرط لابد منه فتنزل واحدة ولا ينزل الزائد بالشك وتقرير الاصول ان الاول تعلق قبل الثانى لعدم ما يوجب توقفه وتعلق الثانى بواسطته والثالث بواسطتهما فينزل على الوجه الذى وقع عليه التعلق بخلاف مسئلة تكرار الشرط لان تعلق الثانى بغير شرط الاول ليس بواسطة الاول لان كلا منهما جملة مستقلة فتعلق بالشرط الواحد طلقات ليس منها شئ بواسطة شئ فينزلن جميعا عند الشرط وبخلاف ما اذا تقدم الجزاء لان تأخر الشرط موجب لتوقف الاول لانه مغير فتعلق الكل فيه دفعة فينزل دفعة ونقض بما لو قال لغير المدخول بها ان دخلت فأنت طالق واحدة لا بل ثنتين فدخلت يقع ثلاث ولو نجز بهذا اللفظ وقع واحدة وأجيب بأن لا بل لاستدراك الغلط باقامة الثانى بدل الاول ولا يمكن فى الطلاق فيتعلق الاول ويصح تعلق الثانى لبقاء محل التعليق بعد تعلق الاول فيتعلق بلا واسطة كأنه أعاد الشرط لتعليق ثنتين وجعله يمينين فاذا وجد الشرط وقع الكل جملة بخلاف ما اذا نجز لانها بانت بالاولى فلم تبق محلا لايقاع الثنتين وقولهما أرجح وقوله تعلق الثانى بواسطة تعلق الاول ان اريد انه علة تعلقه فممنوع بل علته جمع الواو اياه الى الشرط وان أريد كونه سابق التعلق سلمناه ولا يفيد كالايمان المتعاقبة ولو سلم ان تعلق الاول علة لتعلق الثانى لم يلزم كون نزوله علة لنزوله اذ لا تلازم لجواز كونه علة لتعلقه فيتقدم فى التعلق وليس نزوله علة لنزوله بل اذا تعلق الثانى بأى سبب كان صار مع الاول متعلقين بشرط وعند نزول الشرط ينزل المشروط وتقرير المصنف رحمه الله أقرب ولا يرد عليه مسئلة الايمان فان قيل قوله لا يقع الزائد بالشك يدفع بأنه لا شك فى تعلق الكل سواء كان بطريق المعية أو الترتيب فيجب أن تنزل كلها عند الشرط كالايمان المتعاقبة بشرط واحد قلنا الترتيب الذى يراد بالواو ويقتضى كما قررناه ان وقوع كل متقدم جزء شرط وقوع المتأخر فان معناه ان دخلت فأنت طالق واحدة وبعدها أخرى وتليها أخرى فلا يقع متأخر الا بعد وقوع المتقدم فصار الدخول شرط كل متأخر بخلاف الترتيب الذى اتفق فى الايمان فانه ليس الشرط فى الكل الا شرط الاول فقط فاذا وجد الدخول مثلا فقد وجد تمام شرط كل معلق من الطلقات الثلاث وعلى هذا الخلاف ما لو قال لغير المدخول بها ان دخلت الدار فأنت طالق وأنت على كظهر أمى ووالله لا أقربك أربعة أشهر فدخلت طلقت وسقط الظهار عنده والايلاء لسبق الطلاق فتبين فلا تبقى محلا للظهار والايلاء وعندهما هو مطلق مظاهر مول ولو قال لاجنبية ان تزوجتك فأنت طالق وأنت على كظهر أمى ووالله لا أقربك أربعة أشهر فتزوجها فعلى الخلاف بخلاف ما لو قدم الظهار والايلاء فقال والله

وقوله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب لان تحققه فى الخارج لا يمكن الا بأحد الوجهين وعلى اعتبار الاول تقع الجملة وعلى اعتبار الثانى لا تقع الا واحدة كما اذا نجز بهذه اللفظة بان قال لها أنت طالق واحدة وواحدة فانه لا يقع الا الواحدة بالاتفاق فكان فى الزائد على الواحدة شك فلا يقع بخلاف ما اذا أخر الشرط لانه مغير صدر الكلام عن التنجيز الى التعليق وكل ما كان كذلك توقف فيه صدر الكلام عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف فوقع على الترتيب وبانت بالاولى فلا تقع الثانية ولم يجب عن النص بلفظ الجمع الظهور لانه لا يحتمل الترتيب

قوله (وقع على الترتيب وبانت بالاولى) أقول لعل المراد انه يحتمل ذلك فلا يقع بالشك حتى لا يخالف آخر كلامه أوله

ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي وذكر الفقيه أبو الليث انه يقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاصح (وأما الضرب الثاني وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق الا بالنية أو بدلالة الحال)

لا أقربك وأنت على كظهر أمي وأنت طالق فتزوجها وقع الكل أما عندهما فلا اشكال وأما عنده فلسبق الايلاء ثم هي بعده محل للطلاق فتطلق (قوله ولو عطف بحرف الفاء) فقال أي لغير المدخول بها ان دخلت فأنت طالق فطالق فطالق فدخلت (فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي) فعنده تبين بواحدة ويسقط ما بعدها وعندهما يقع الثلاث وفي المبسوط نقله عن الطحاوي فلم يكن عنهما (وذكر الفقيه أبو الليث انه يقع واحدة بالاتفاق وهو الاصح) لان الفاء للتعقيب فصارت كثم وبعد فقد جعل الشرط دخول الدار ووقوع طلقة ولا وقوع قبل مجموع الشرط فتقع الثانية بعدهما وشرط الثالثة الدخول ووقوع طلقتين فيقع بعدهما على النحو الذي قررنا عليه كلام المصنف لابي حنيفة وهذا لانه يصير المعنى ان دخلت فأنت طالق واحدة وبعدها أخرى ولو عطف بثم وأخر الشرط كانت طالق ثم طالق ثم طالق ان دخلت فان كانت مدخولا بها فعنده يقع في الحال ثنتان وتتعلق الثالثة بالشرط لان ثم للتراخي وكماله باعتباره في اللفظ والمعنى فكأنه فصل بسكوت ولو سكت وقع الاول ولا يتوقف ليتعلق فكذا هنا واذا وقع الاول بقيت محلا فتقع الثانية وتتعلق الثالثة بدخولها الدار وان كانت غير مدخول بها وقعت واحدة في الحال ويلغو الثاني لانتفاء محليتها وان قدم الشرط فقال ان دخلت فأنت طالق ثم طالق ثم طالق وهي مدخول بها تعلق الاول ووقعت الثانية والثالثة وان لم تكن مدخولا بها تعلق الاول ووقع الثاني ولغا الثالث والوجه بعد معرفة الاصل ظاهر وعندهما تعلق الكل بالثاني قدمه أو أخره الا أن عند وجود الشرط يقع الثلاث ان كانت مدخولا بها وفي غير المدخول بها تطلق واحدة قدمه أو أخره فأثر التراخي يظهر عنده في التعليق كأنه سكت ثم تكلم وعندهما في الوقوع عند الشرط ولو لم يعطف أصلا بان قال ان دخلت فأنت طالق واحدة واحدة واحدة يقع عند الشرط واحدة بالاتفاق لانه انما تعلق الاول ولغا ما بعده لعدم ما يوجب تشريكه معه (قوله وأما الضرب الثاني وهو الكنايات) لما ذكر أحكام الصريح شرع في بيان الكنايات وقدم الصريح اذ هو الاصل في الكلام لانه وضع للافهام فما كان أدخل وأظهر فيه كان أصلا بالنسبة لما وضع له وحين كان الصريح ما ظهر المراد منه لاشتهاره في المعنى كان الكناية ما خفي المراد به لتوارد الاحتمالات عليه وانما لم يعرف المصنف الكناية كما عرف الصريح بل ابتدأ فقال (وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق الا بالنية) الى آخره لاشتهار انها ضد الصريح وحين عرفه علم ان الكناية ما لم يصدق عليه تعريفه مع انه يؤخذ رسمها من تعليله حيث قال انها تحتمله وغيره فكان الكناية ما احتمل الطلاق وغيره فلزم أن يستفسر عن مقصوده به أما اذا كانت حالة ظاهرة تفيد مقصوده فان القاضي يعتبرها ولا يصدقه في ادعاء فانه ينصرف الى ما يخالف مقتضاها وهي دلالة الحال فانه انما يحكم بارادة مقتضاها شرعا كما في البيع بالدراهم المطلقة فانه ينصرف الى غالب نقد البلد بدلالة الحال وكذا اذا أطلق الصرورة نية الحج ينصرف الى نية الحج الفرض والحاصل ان النية باطنة والحال ظاهرة في المراد فظهرت نيته بها فلا يصدق في انكار مقتضاها بعد ظهوره في القضاء وأما فيما بينه وبين الله تعالى فيصدقه الله سبحانه اذا نوى خلاف مقتضى ظاهر الحال فقول المصنف لا يقع بها الطلاق الا بالنية أو بدلالة الحال يحمل على حكم القاضي بالوقوع أما في نفس الامر فلا يقع الا بالنية مطلقا ألا ترى ان أنت طالق اذا قال أردت عن وثاق لا يصدقه وفيما بينه وبين الله هي زوجته اذا كان نواه

وقوله (ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي) فانه جعل العطف بالواو والفاء سواء وقال ان حرف العطف يجعلهما كلاما واحدا فتعلقا كما في صورة الواو وسواء قدم الشرط أو أخره عندهما خلافا له (وذكر الفقيه أبو الليث انه يقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاصح) قال (وأما الضرب الثاني وهو الكنايات) لما فرغ من الضرب الاول وهو الصريح شرع في بيان الضرب الثاني وهو الكنايات الكناية ما استتر المراد به وحكمها انه لا يجب العمل بها الا بالنية أو ما يقوم مقامها من دلالة الحال

لانها غير موضوعة لما استعملت فيه بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين أو دلالته (ثم الكناية على ضربين)

لانها غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين أو دلالتـه قال (وهى على ضربين منها ثلاثة ألفاظ يقع بها الطلاق الرجعى ولا يقع بها الا واحدة وهى قوله اعتـدى واستبرئى رحمك وأنت واحدة) أما الاولى فلأنها تحتمل الاعتـداد عن النكاح وتحتمل اعتداد نعم الله تعالى فان نوى الاول تعين بنيته فيقتضى طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة وأما الثانية فلأنها تستعمل بمعنى الاعتداد لانه تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلته وتحتمل الاستبراء ليطلقها وأما الثالثة فلأنها تحتمل ان تكون نعتا لمصدر محـذوف معناه تطليقة واحـدة فاذا نواه جعل كأنه قاله والطلاق يعقب الرجعة ويحتمل غيره وهو ان تكون واحدة عنده أو عند قومه ولما احتملت هذه الالفاظ الطلاق وغيره تحتاج فيـه الى النية ولا تقع الا واحدة لان قوله أنت طالق فيها مقتضى أو مضمر ولو كان مظهرا لا تقع بها الا واحدة فاذا كان مضمرا أولى وفى قوله واحدة وان صار المصدر مذكورا لكن التنصيص على الواحدة ينافى نية الثلاث

(قوله لانها غير موضوعة للطلاق) بل موضوعة لما هو أعم منه أو من حكمه والاعم فى المادة الاستعمالية يحتمل كلا من ما صدقاته ولا يتعين أحدهما الا بمعين والمعين فى نفس الامر هو النية وبالنسبة الى القاضى دلالة الحال فان لم تكن فدعواه ما أراد وانما قلنا أعم منه ومن حكمه ولم نقل أعم منه لما سنذكر من انه لم يرد بها سوى الثلاث الرجعية اعتدى استبرئى أنت واحدة الطلاق أصلا بل ما هو حكمه من البينونة من النكاح وعلى هذا فقول المصنف بل تحتمله وغيره تساهل لان محتملات اللفظ تستعمل فيها وسنشير الى انه لم يرد بها الطلاق ونقرره والجواب ان المراد تحتمله متعلقا لمعناها أو واقعا عنده فتدخل الثلاث الرجعية (قوله وهى) أى الكنايات (على ضربين) هذا تقسيم للكنايات وهى تنقسم أولا بحسب ما هى كناية عنه وثانيا باعتبار الواقع بها وما ذكره المصنف هى القسمـة الثانيـة أما الاولى فتنقسم الى ما هو كناية عن حكم الطلاق والى ما عن تفويضه الثانى لفظتان اختارى وأمرك بيدك لا يدخل فى يدها الا بنية الطلاق فلا يقع الا بقولها بعد نيته طلقت نفسى واخترت نفسى والاول ما سواهما وينقسم الى ما يقع به البائن وهو ما سوى الالفاظ الثلاثة وسـنذكر ما فيه والى ما يقع به الرجعى وهى الالفاظ الثلاثة اعتدى واستبرئى رحمك وأنت واحـدة ثم لا يقع به الا واحدة أما الاولى أى كون الاولى وهى كلمة اعتـدى كناية فلأنها تحتمل الاعتـداد عن النكاح والاعتـداد بنعم الله تعالى فان نوى الاول تعـين ويقتضى طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة ولا يخفى ان القول بالاقتضاء وثبوت الرجعة فيما اذا قاله بعد الدخول أما قبله فهو مجاز عن كونى طالقا باسم الحكم عن العـلة لا المسبب عن السبب اذ يرد ان شرطـه اختصاص المسبب بالسبب والعدة لا تختص بالطلاق لثبوتها فى أم الولد اذا اعتقت ويجاب بأن ثبوتها فيما ذكر لوجود سبب ثبوتها فى الطلاق وهو الاسـتبراء لا بالاصالة وهو غير دافع سـؤال عدم الاختصاص واعلم انه كما يجب كونها مجازا عن كونى طالقا فى غـير المدخول بها يجب كون استبرئى رحمـك كذلك فى المدخول بها اذا كانت آيسـة أو صغيرة وما فى النوادر من ان وقوع الرجعى بها استحسان لحديث سودة يعنى أنه صـلى الله عليـه وسلم قال لها اعتدى ثم راجعها والقياس أن يقع البائن كسائر الكنايات بعيد بل ثبوت الرجعى بها قياس واستحسان لان علة البينونة فى غير الثـلاثة منتفية فيها فلا يتجه القياس أصـلا نعم الاعتـداد يقتضى فرقة بعـد الدخول وهى أعم من رجعى وبائن لكن لا يوجب ذلك تعـين البائن بل يتعين الاخف لعدم الدلالة على الزائد عليه وأما الثانيـة وهى كلمة استبرئى رحمك فلانه تصريح بما هو المقصود من العدة وهو تعرف براءة الرحم فاحتمـل استبرئيه لانى طلقتك أو لا طلقك يعنى اذا علمت خلوه عن الولد وعلى الاول يقع وعلى الثانى لا فلا بد من النية ولا يخفى انها أيضا قبـل الدخول مجاز عن كونى

ما يكون الواقع به واحـدة رجعية وما يكون واحـدة بائنة فالاول ثلاثة ألفاظ هى اعتـدى واستبرئى رحمك وأنت واحدة ولا بد لكل واحد منها من احتمال معنيـين حتى يحتاج الى التعيين بالنية أو بما يقوم مقامها من دلالة الحال وقد ذكر المصنف فى كل واحد منها ذلك وكلامـه فيـه واضح وقـوله (لان قوله أنت طالق فيها) أى فى هذه الالفاظ الثلاثة (مقتضى) أى ثابت بالاقتضاء فى قوله اعتـدى واستبرئى كما أشار اليـه فى قـوله فيقتضى طـلاقا سابقا لان الامر بالاعتداد بغير طلاق غـير صحيح فـلا بد من تقـدير الطلاق سابقا وقوله (أو مضمر) يعنى فى قوله أنت واحدة

(قوله لانها غـير موضوعه) أقول أى غـير متعينة فيه بدليل بل تحتمله وغيره قال المصنف (فيقتضى طلاقا سابقا) أقول يعنى ان كان بعـد الدخول وان كان قبله يكون مستعارا عن الطلاق لانه سببه فى الجملة وان لم يكن سببا له فى هـذه الحالة قال المصنـف (وتحتمل الاستبراء ليطلقها) أقول يعنى اذا علم خلوه من الولد قال المصنف (لان قوله أنت طالق فيها مقتضى أو مضمر) أقول قوله مقتضى يعنى فى الاولين وقوله مضمر يعنى فى الثالثة

ولامعتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ هو الصحيح لان العوام لايميزون بين وجوه الاعراب قال (وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وان نوى ثلاثا كانت ثلاثا وان نوى ثنتين كانت واحدة

طالقا كاعتدى وكذا فى الآيسة والصغيرة المدخول بها كما ذكرناه وأما الثالثة وهى أنت واحدة فلأنها تحتمل أن تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فاذا نواه فكأنه قاله يعنى اذا نواه مع الوصف المذكور فكأنه قاله لظهوران مجرد نية الطلاق لا توجب الحكم والطلاق يعقب الرجعة ويحتمل غيره نحو أنت واحدة عندى أو فى قومك مدحا وذما فقد ظهران الطلاق فى هذه الالفاظ الثلاثة مقتضى كما هو فى اعتدى استبرئى رحمك لانه يقع شرعا بها فهو ثابت اقتضاء ومضمر فى واحدة ولو كان مظهرا لا يقع الا واحدة فاذا كان مضمرا وانه أضعف منه أولى ان لا يقع الا واحدة وفى واحدة ان صار المصدر مذكورا بذكر صفته لكن التنصيص على الواحدة يمنع ارادة الثلاث لانها صفة للمصدر المحدود بالهاء فلا يتجاوز الواحدة واعتراض بعضهم على قوله يحتمل أن يكون نعتا لمصدر محذوف أى تطليقة واحدة بأن فيه تكلفا غير محتاج اليه بل يحتمل أن يراد به منفردة عن الزوج ساقط لانه لا يدفع احتماله لما ذكر المصنف والتطليق بالمصدر الملفوظ به شائع فى طلاق العرب منه ما قدمناه من الشعر القائل

* فأنت طلاق والطلاق عزيمة * الى آخره ومن قول المغيرة بن شعبة حين طلق الاربع اذهبن فأنتن الطلاق أو طلاق وكثير بخلاف التطليق بلفظ أنت منفردة عن الزوج فكان احتمال أنت واحدة للمصدر أظهر من احتمالها المنفردة عن الزوج فضلا عن تعين الثانى (قوله ولامعتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ هو الصحيح) احترازعما قال بعضهم ان رفع الواحدة لا يقع شئ وان نوى وان نصبها وقعت واحدة وان لم ينو لانها حينئذ نعت للمصدر أى أنت طالق تطليقة واحدة فقد أوقع بالصريح وان سكن احتيج الى النية وجه الصحيح ان العوام لايميزون بين وجوه الاعراب فلا يجوز بناء حكم يرجع الى العامة عليه ولان الرفع يجوز لكونه نعتا للطلقة أى أنت طلقة واحدة والنصب يجوز لكونه نعتا لمصدر آخر أى أنت متكلمة كلمة واحدة وهذا الوجه يعم العوام والخواص ولان الخاصة لا تلتزم التكلم العرفى على صحة الاعراب بل تلك صناعتهم والعرف لغتهم ولذا ترى أهل العلم فى مجارى كلامهم لا يقيمونه (قوله وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة فان نوى الثلاث كانت ثلاثا وان نوى ثنتين كانت واحدة) وفى هذا الاطلاق نظر بل يقع الرجعى ببعض الكنايات سوى الثلاث فقد ذكر فى أنا برىء من طلاقك يقع رجعى إذا نوى بخلاف ما إذا قال من نكاحك قاله ابن سلام وفى الخلاصة اختلف فى برئت من طلاقك إذا نوى والاصح يقع رجعيا والاوجه عندى ان يقع بائنا لان حقيقة تبرئته منه تستلزم عجزه عن الايقاع وهو بالبينونة بانقضاء العدة أو الثلاث أو عدم الايقاع أصلا وبذلك صار كناية فاذا أراد الاول وقع وصرف الى احدى البينونتين وهى التى دون الثلاث وكذا فى قوله الطلاق عليك يقع بالنية وفى وهبتك طلاقك إذا نوى يقع رجعيا وكذا قالوا فى بعتك طلاقك إذا قالت اشتريت من غير بدل ثم فى الهبة إذا لم تكن نية تطلق فى القضاء ولو قال نويت ان يكون فى يدها لا يصدق وأما فيما بينه وبين الله تعالى فهو كما نوى فان طلقت نفسها فى ذلك المجلس طلقت والا فهى زوجته هذا إذا ابتدأ الزوج فلو ابتدأت فقالت هب لى طلاقى تريد أعرض عنه فقال وهبت لا يقع وان نوى لانه جوابها فيما طلبت كذا قيل وفيه نظر بل يجب ان يقع إذا نوى لانه لو ابتدأ به ونوى وقع فاذا نوى الطلاق فقد قصد عدم الجواب وأخرج الكلام ابتداء وله ذلك وهو أدرى بنفسه ونيته و يقع رجعيا فى خذى طلاقك وأقرضتك وكذا فى قد شاء الله طلاقك أو قضاه أو شئت يقع بالنية رجعى

وقوله (ولامعتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ) يعنى سواء قال أنت طالق واحدة بالنصب أو بالرفع أو بالسكون فقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعض المشايخ يقع الطلاق اذا نصب الواحدة وان لم ينو لكونه صفة للطلقة أما اذا رفعها فلا يقع وان نوى لانها حينئذ تكون صفة تخصها وقيل هو قول محمد وعند أبى يوسف يقع فى الاحوال كلها الا ان نية الطلاق تعرب عن الغرض وان أخطأ فى الاعراب وان أسكن فهو محتاج الى النية لاحتمال المعنيين والصحيح ان الكل سواء (لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب) والثانى هو بقية الكنايات وهى المذكورة فى الكتاب (اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وان نوى ثلاثا كان ثلاثا وان نوى ثنتين كانت واحدة) أما وجوب النية فلما ذكرنا من احتماله الطلاق وغيره

الأأن يكون فى حال مذا كرة الطلاق فان القاضى يحكم بالوقوع وان ادّعى الزوج عدم النية وأما جواز نية الثلاث فلان الواقع بها اذا كان بائنا فالبينونة تتصل بالمرأة للحال ولا تصالها وجهان انقطاع يرجع الى الملك وانقطاع يرجع الى الحل فيتعدد المقتضى بتعدد المقتضى على الاحتمال فصح تعيينه والمستثنى بمعزل عن ذلك قال المصنف (سوى) يعنى القدورى (بين ألفاظ الكنايات) فى وقوع الطلاق بلا نية حال مذا كرة الطلاق وليس على اطلاقه بل اغا ذلك (فيما لا يصلح ردا) فلا بد من بيان وبين بقوله (والجملة فى ذلك أن الاحوال ثلاثة حالة مطلقة وهى حالة الرضا وحال مذا كرة الطلاق) بان تسأله عن ذلك (وحالة غضب الزوج والكنايات على ثلاثة أقسام ما يصلح جوابا وردا) وهو سبعة أخرجى اذهبى اعزبى قومى تقنعى استترى تخمرى أما صلاحية هذه الالفاظ للرد فان يريد الزوج بقوله اخرجى اتركى سؤال الطلاق وكذلك اذهبى واعزبى وقومى واما تقنعى فمن القناعة وقيل من القناع وهو الخمار ومعنى الرد فيه هو أن ينوى واقنعى بما رزقك الله منى من أمر المعيشة واتركى سؤال الطلاق واشتغلى بالتقنع الذى هو اهم لك من سؤال الطلاق وكذا قوله استترى وتخمرى لانهما من الستر والخمار (وما يصلح جوابا لاردا) ثمانية ألفاظ خلية برية بائن بتة حرام اعتدى أمرك بيدك اختارى والخمسة الاولى تصلح السب والشتيمة أيضا اذا عرف هذا ففى حالة الرضا لا يكون شئ منها طلاقا الا بالنية لما قلنا ان هذه الالفاظ تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية بتعيين أحد المحتملين والقول قوله فى انكار النية مع يمينه وفى حالة مذا كرة الطلاق لم يصدق قضاء فى قوله لم أنو الطلاق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا وهو الالفاظ الثمانية المذكورة لان الظاهر حالة

وهذا مثل قوله أنت بائن وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقى باهلك وخلية وبرية ووهبتك لاهلك وسرحتك وفارقتك وأمرك بيدك واختارى وانت حرة وتقنعى وتخمرى واستترى واغربى واخرجى واذهبى وقومى وابتغى الازواج) لانها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية قال (الأأن يكون فى حال مذا كرة الطلاق فيقع بها الطلاق فى القضاء ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى الأأن ينويه) قال رضى الله عنه (سوّى بين هذه الالفاظ وقال ولا يصدق فى القضاء اذا كان فى حال مذا كرة الطلاق) قالوا (وهذا فيما لا يصلح ردا) والجملة فى ذلك ان الاحوال ثلاثة حالة مطلقة وهى حالة الرضا وحالة مذا كرة الطلاق وحالة الغضب والكنايات ثلاثة أقسام ما يصلح جوابا وردا وما يصلح جوابا لاردا وما يصلح جوابا وسبا وشتيمة ففى حالة الرضا لا يكون شئ منها طلاقا الا بالنية فالقول قوله فى انكار النية لما قلنا وفى حالة مذا كرة الطلاق لا يصدق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا فى القضاء مثل قوله خلية برية بائن بتة حرام اعتدى أمرك بيدك اختارى لان الظاهر ان مراده الطلاق عند سؤال الطلاق ويصدق فيما يصلح جوابا وردا مثل قوله اذهبى اخرجى قومى تقنعى تخمرى

(قوله وهذا مثل قوله أنت بائن وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقى باهلك) بوصل الهمزة (وخلية وبرية ووهبتك لاهلك وفارقتك وأمرك بيدك واختارى وأنت حرة) وأعتقتك مثل أنت حرة (وتقنعى وتخمرى واستترى واغربى) بالغين المعجمة والراء المهملة و بالعين المهملة والزاى (واخرجى واذهبى وقومى وابتغى الازواج لانها تحتمل الطلاق وغيره) وتقرير المحتملات غير خاف وحبلك على غاربك تمثيل لانه تشبيه بالصورة المنتزعة من أشياء وهى هيئة الناقة اذا أريد اطلاقها للرعى وهى ذات رسن فألقى الحبل على غاربها وهو ما بين السنام والعنق كى لا تتعقل به اذا كان مطر وحافشبه بهذه الهيئة الاطلاقية اطلاق المرأة عن قيد النكاح أو العمل أو التصرف من البيع والشراء والاجارة والاستئجار وصار كناية فى الطلاق لتعدد صور الاطلاق وفى وهبتك لاهلك إذا نوى يقع وان لم يقبلوها لانه يجب كون وهبتك لاهلك مجازا عن رددتك عليهم فيصير الى الحالة الاولى وهى البينونة فلا يحتاج الى قبولهم اياها فى ثبوت البينونة والحقى باهلك مثله فى صيرورتها الى الحالة الاولى وقوله وهبتك لابيك أو لابنك مثله بخلاف الاجانب (فلا بد من النية) أى فى الحكم بوقوع الطلاق (الا ان يكون فى حالة مذا كرة الطلاق) وهو حال سؤالها الطلاق أو سؤال أجنبى (فيقع فى القضاء) وان قال أردت غير الطلاق (ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى الا ان ينويه) ويستثنى منها اختارى لما نذكر وأمرك بيدك قال المصنف (سوى) أى القدورى (بين هذه الالفاظ وقال لا يصدق حال مذا كرة الطلاق فى القضاء) اذا قال نويت غير الطلاق من المحتملات وهكذا فعل شمس الائمة فى المبسوط والمشايخ كفخر الاسلام وغيره (قالوا وهذا) أى كونه لا يصدق اذا ادعى نية غير الطلاق انما هو (فيما لا يصلح ردا) أما ما يصلح له فيصدق اذا ادعى الرد ثم استأنف تقسيما ضابطا فقال الاحوال هنا ثلاثة حالة مطلقة وفسرها بحالة الرضا وحالة مذا كرة الطلاق وهى ما قدمنا وحالة الغضب والكنايات ثلاثة أقسام ما يصلح جوابا لطلبها الطلاق أى التطليق ويصلح رداله وما يصلح جوابا ولا يصلح رداله وما يصلح جوابا وشتما ففى

قال المصنف (وأمرك بيدك) أقول لا يخفى عليك ان قوله أمرك بيدك كناية عن التفويض فلا يناسب ذكره المقام ولقد وقع بسبب ذكره هنا خطأ عظيم من بعض المفتين فزعم انه يقع به الطلاق وأفتى به وحرم حلالا نعوذ بالله تعالى

ومايجرى هذا المجرى لانه يحتمل الرد وهو الادنى فحمل عليه وفى حالة الغضب يصدق فى جميع ذلك لاحتمال الرد والسب الا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم كقوله اعتدى واختارى وأمرك بيدك فانه لا يصدق فيها لان الغضب يدل على ارادة الطلاق وعن أبى يوسف

حالة الرضا يصدق فى الكل إذا قال لم أرد الطلاق لانه لا ظاهر يكذبه وفى حالة المذاكرة للطلاق لا يصدق فيما يصلح جوابا لا ردا كخلية برية بائن بتة بتلة حرام اعتدى استبرى اختارى أمرك بيدك ويصدق فيما يصلح له وللرد مثل اخرجى اذهبى افلحى تقول العرب افلح عنى أى اذهب عنى اعربى قومى تقنعى ومرادفها كاستترى وتخمرى ومعنى الرد فى هذه أى اشتغلى بالتقنع الذى هو أنفع لك من القناع وكذا أخواه ويجوز فيه بخصوصه كونه من القناعة وفى حال الغضب يصدق فيما يصلح جوابا وردا وما يصلح جوابا وشتيمة لا ردا كخلية برية بتة بتلة حرام وما يجرى مجراه اذ يحتمل خلية من الخير برية منه بتة بتلة أى مقطوعة عنه ولا يصدق فيما يصلح للطلاق دون الرد والشتم كاعتدى اختارى أمرك بيدك استبرى وعرف مما قدمنا ان اختارى أمرك بيدك لا يقع بهما الطلاق الا بايقاعها بعده وانما هما كنايتان عن التفويض حتى لا يدخل الامر فى يدها الا بالنية واعلم ان حقيقة التقسيم فى الاحوال قسمان حالة الرضا وحالة الغضب واما حالة المذاكرة فتصدق مع كل منهما بل لا يتصور سؤالها الطلاق الا فى احدى الحالتين لانهما ضدان لا واسطة بينهما فتحرير التقرير ان فى حالة الرضا المجرد عن سؤال الطلاق يصدق فى الكل انه لم يرد الطلاق وفى حالة الرضا المسؤل فيها الطلاق يصدق فيما يصلح ردا انه لم يرده وفى حالة الغضب المجرد عن سؤال الطلاق يصدق فيما يصلح سبا أو ردا انه لم يرد به الا السب أو الرد ولا يصدق فيما يصلح جوابا فقط وفى حالة الغضب المسؤل فيها الطلاق يجتمع فى عدم تصديقه فى المتمحض جوابا سببان المذاكرة والغضب وكذا فى قبول قوله فيما يصلح ردا لان كلا من المذاكرة والغضب يستقل باثبات قبول قوله فى دعوى عدم ارادة الطلاق وفيما يصلح للسب ينفرد الغضب باثباته فلا تتغير الاحكام وحينئذ فالاولى أن تعرف الحال المطلقة بالمطلقة عن قيدى الغضب والمذاكرة (**قوله** وعن أبى يوسف الخ) الحق أبو يوسف بالتى تحتمل السب ألفاظا أخرى وهى لا ملك لى عليك لا سبيل لى عليك خليت سبيلك فارقتك فهذه أربعة ألفاظ ذكرها الولوالجى وذكرها العتابى خمسة لا سبيل لا ملك خليت سبيلك الحقى بأهلك حبلك على غاربك وفى الايضاح وشرح الجامع الصغير لشمس الائمة ذكر خمسة هى هذه الا انه ذكر مكان حبلك على غاربك فارقتك فتم ستة ألفاظ ووجه احتمالها السب ان لا ملك لى يعنى أنت أقل من ان تنسبى الى بالملك ولا سبيل لى عليك لزيادة شرك وخليت سبيلك وفارقتك والحقى بأهلك وحبلك على غاربك أى أنت مسيئة لا يشتغل أحد بتأديبك اذ لا طاقة لاحد بممارستك وفى رواية جامع فخر الاسلام والفوائد الظهيرية ان أبا يوسف ألحقها بالثلاث التى لا يدين فيها فى الغضب كما لا يدين فى المذاكرة وهى اعتدى اختارى أمرك بيدك وفى شرح مختصر الكرخى قال أبو حنيفة لا سبيل لى عليك تقنعى استبرى اخرجى اذهبى قومى تزوجى لا نكاح لى عليك يدين فى الغضب لان هذه الالفاظ تذكر للابعاد وحالة الغضب يبعد الانسان عن الزوجة فيه وكذا فى حال ذكر الطلاق وهذا لان لا سبيل لى عليك يحتمل على طلاقك وهو يذكر للامتناع عن الطلاق وانطلقى وانتقلى كالحقى ولا رواية فى اعرتك طلاقك ظاهرة وعن أبى يوسف يقع خلافا لمحمد وفى النوازل عن أبى حنيفة يصير الطلاق فى يدها لانه ملكها منافع الطلاق ومنفعة الطلاق التطليق ان شاءت كما كان للزوج ولو قال طلاقك على لا يقع أصلا وروى الحسن عن أبى حنيفة لو قال وهبتك لابيك أو لابنك أو للازواج فهو طلاق لان المرأة

ان مراده الطلاق عند سؤال الطلاق والحاكم انما يتتبع الظاهر ويصدق فيما يصلح جوابا وردا وهو الالفاظ السبعة المتقدمة وقوله (ومايجرى هذا المجرى) يريد به مثل اعربى واستترى لانه احتمل الرد وهو الادنى فحمل عليه وفى حالة الغضب يصدق فى جميع ذلك يعنى أقسام الكنايات لاحتمال الرد أو السب الا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم وهو ثلاثة ألفاظ اعتدى واختارى وأمرك بيدك فانه لا يصدق فيها لان الغضب يدل على ارادة الطلاق

في قوله لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك انه يصدق في حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السب

ترد على هؤلاء بالطلاق عادة ولو قال لاختك أو خالتك أو عمتك أو لفلان الاجنبي ونحوه لم يكن طلاقا وان نوى لانها لا ترد بالطلاق عليهم ولو زاد على اذهبي فقال اذهبي فبيعي ثوبك لا يقع عند أبي يوسف خلافا لزفر لان اذهبي يعمل فيه نية الطلاق ويبقى الزائد مشورة فلا يتغير به حكم الطلاق ولابي يوسف ان معناه عادة لاجل البيع فكان صريحه خلاف المنوي ومن الكنايات تنحي عني واختلف في لم يبق بيني وبينك عمل قيل يقع اذا نوى وقيل لا ومثله لم يبق بيني وبينك شيء وفي أربعة طرق عليك مفتوحة لا يقع بالنية الا أن يقول خذي أيها شئت ثم عن محمد في رواية أسد يقع ثلاث وقال ابن سلام أخاف أن يقع ثلاث لمعاني كلام الناس كأنه يريد ان مراد الناس عند اسلكي الطرق الاربعة والا فاللفظ انما يعطي الامر بسلوك أحدها والاوجه أن يقع واحدة بائنة ومنها نجوت مني وقال المتأخرون في وهبتك طلاقك لا يقع وقيل يقع ولا يقع في أبحتك طلاقك وان نوى أو صفحت عنه ولا بأحببت طلاقك أو رضيته أو هويته أو أردته وان نوى وأما طال بلا قاف فأطلق بعضهم الوقوع به وفصل بعضهم فقال مع اسكان اللام يحتاج الى النية ومع كسرها يقع بلا نية والوجه اطلاق التوقف على النية مطلقا لانه بلا قاف ليس صريحا لعدم غلبة الاستعمال ولا الترخيم لغة جائز في غير النداء فانتفى لغة وعرفا فيصدق قضاء مع اليمين هذا في حالة الرضا وعدم مذاكرة الطلاق أما في أحدهما فيقع قضاء أسكنها أولا وفيه أيضا النظر المذكور لانه ايقاع بلا لفظه ولا لاعم منه ليكون كناية وليس مجازا فيه وهذا البحث يوجب أن لا يقع به أصلا وان نوى ومثل هذا البحث يجري في التطليق بالتهجي كانت ط ال ق لانه ليس طلاقا ولا كناية لان موضوعها يحتمل أشياء وأوضاع هذه المسميات هي حروف ولذا لو قرأ آية السجدة تهجيا لا يجب السجود لانه ليس قرآنا ولا مخلص الا بعدم اشتراط غلبة الاستعمال في الصريح والاكتفاء فيه بكون اللفظ دالا عليه وضعا أو عرفا وحينئذ يقع بالتهجي في القضاء ولو ادعى عدم النية وكذا بطال بلا قاف وفي قوله لا آخر احمل اليها طلاقها أو أخبرها به أو بشرها تطلق في الحال لان الحمل لا يتحقق قبل الحصول ومنها أنت علي كالميتة أو الخمر أو لحم الخنزير يقع بالنية وفي الكافي للشهيد اذا قال لامرأته هذه عمتي أو خالتي أو محرم من الرضاع وثبت عليه بان سئل عن ذلك فاصر عليه فرق بينهما ولو قال مزحت أو كذبت أو وهمت أو نسيت صدق ولا يفرق استحسانا والقياس أن يفرق مطلقا ولا يصدق لانه أقر بالتحريم وجه الاستحسان ان هذا ايجاب تحريم فلا يقع الا بالدوام عليه ولو قال هذه بنتي من نسب وثبت عليه ولها نسب معروف لم يفرق لان الظاهر يكذبه وكذا في هي أمي وله أم معروفة وان لم يكن لها نسب معروف ومثلها يولد لمثله وثبت عليه فرق وكذا هي أختي واختلف في لست لي بامرأة وما أنا لك بزوج ونوى الطلاق يقع عند أبي حنيفة وقالا لا لان نفي النكاح ليس طلاقا بل كذب فهو كقوله لم أتزوجك أو والله ما أنت لي بامرأة أو لو سئل هل لك امرأة فقال لا ونوى الطلاق لا يقع كذا هنا وله انها تحتمله أي لست لي بامرأة لاني طلقتك فيصح نفيه كما في لا نكاح بيني وبينك ومسئلة الحلف ممنوعة وبعد التسليم نقول بدلالة اليمين علم انه أراد النفي عن الماضي لا في الحال لان الحلف يكون فيما يدخله الشك لا في انشاء النفي في الحال وقوله لم أتزوجك جحود لا يحتمل الانشاء اذ الطلاق لا يتصور بلا نكاح وكذا بدلالة السؤال عرف انه أراد النفي في الماضي وفي فتاوى صاحب النافع اذا قالت لزوجها لست لي بزوج فقال صدقت ينوي طلاقها يقع عند أبي حنيفة خلافا لهما وعلى هذا الخلاف اذا قال لست أو ما أنت امرأتي أو لست أو ما أنا زوجك عنده يقع بالنية وألفاظ ويتصل بالكنايات الطلاق بالكتابة لو كتب طلاقا أو عتاقا على ما لا يستبين فيه الخط كالهواء والماء والصخرة الصماء لا يقع نوى به أو لم ينو وكذا

وعن أبي يوسف انه اذا قال في حالة الغضب لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك وقال لم أنو الطلاق صدق لما فيها من احتمال معنى السب وهذه أربعة ألفاظ وقيل خمسة ألفاظ خامسها الحقي بأهلك ألحقها أبو يوسف بالخمسة المذكورة المحتملة للسب من حيث احتمالها السب فان قوله لا ملك لي عليك يحتمل أن يكون معناه لانك أقل من أن تنسبي الى ملكي أو أنسب اليك بالملك ولا سبيل لي عليك لسوء خلقك واجتماع أنواع الشر فيك وخليت سبيلك اقتدارتك وفارقتك في المضجع لذفرك وعدم نظافتك والحقي باهلك لانك أوحش من أن تكوني تحليلتي

ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الاول مذهبنا وقال الشافعي يقع بها رجعي لان الواقع بها الطلاق لانها كنايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية وينتقص به العدد والطلاق معقب للرجعة كالصريح

اذا كتب على لوح أو حائط أو أرض أو في كتاب الا انه لا يستبين لا يقع وان نوى به الطلاق لان مثل هذه الكتابة كصوت لا يستبين منه حروف فلو وقع وقع بمجرد النية فان كان مستبينا لكن لا على رسم الرسالة والخطاب فانه ينوي فيه كالكلام المكني لا يقع الا بالنية لان الانسان قد يكتب مثله للايقاع وقد يكتب مثله لتجربة الخط فان كان صحيحا يبين نيته بلسانه وان كان أخرس يبين نيته بكتابته هذا اذا لم يكن خطابا أو رسالة فان كان على رسم كتب الرسالة بان كتب أما بعد يا فلانة فأنت طالق أو أنت حر أو اذا وصل اليك كتابي فأنت طالق فانه يقع به الطلاق والعتاق ولا يصدق في عدم النية كما لو قال أنت طالق ثم قال نويت من وثاق لا يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر ثم يقع عقيب الكتابة اذا لم يعلقه مثل أن يكتب امرأته طالق أو فلانة بخلاف ما اذا كتب اذا وصل اليك فانه لا يقع بدون الوصول اليها وقالوا فيمن كتب كتابا على وجه الرسالة وفيه اذا وصل اليك كتابي فأنت طالق ثم بدا له فمحا ذكر الطلاق منه وأنفذه وأسطره باقية وقع اذا وصل ولو محاه حتى لم يبق فيه كلام لم يكن رسالة لم يقع وان وصل لعدم وجود الشرط وهو وصول الكتاب وعليه الائمة الثلاثة وما وقع في تفصيل بعضهم من انه اذا محا ما سوى كتابة الطلاق وأنفذه فوصل اليها لا يقع فبنى على ان الرسالة المتضمنة لمجرد الطلاق لا تكون كتابا وفيه نظر وما قيل من انه لو محا أكثر ما قبله فأرسله لا يقع أبعد من الاول اذ مقتضاه انتفاء الكتاب بانتفاء ذكر كثرة الحوائج وليس الامر كذلك ولو كتب الصحيح الى امرأته بطلاقها ثم أنكر الكتاب وقامت عليه البينة انه كتبه بيده فرق بينهما في القضاء أما فيما بينه وبين الله تعالى ان كان لم ينو به الطلاق فهي امرأته ولو كتب اليها أما بعد أنت طالق ان شاء الله تعالى ان كان موصولا بكتابته لا تطلق وان كتب الطلاق ثم فتر فترة ثم كتب ان شاء الله يقع الطلاق لان المكتوب الى الغائب كالملفوظ كذا في الفتاوى الكبرى للخاصي والخلاصة وفيهما معزوا الى المنتقى اذا كتب كتاب الطلاق ثم نسخه في كتاب آخر أو أمر غيره حين كتب ولم يملل هو فأتاها الكتابان طلقت تطليقتين قضاء وفيما بينه وبين الله تعالى تقع واحدة انتهى وعلى هذا لو وصل أحدهما تقع واحدة قضاء وديانة ولا يخفى ان هذا فيما اذا كان الطلاق معلقا بوصول الكتاب وأما اذا لم يكن معلقا فلا اشكال في انه يقع ثنتان قضاء لا ديانة الا ان ينوي به طلاقا آخر وكل ما ذكرناه ثابت في حق الاخرس نحو ان كان يكتب وانما يعرف ذلك منه بان يسأل بكتاب فيجيب بكتابة بالنية فان كان لا يكتب وله اشارة معلومة يعرف بها طلاقه ونكاحه وبيعه فهي كالكلام في حقه وان لم يعرف منه ذلك أو شك كنافيه فهو باطل وهذا استحسان والقياس في جميع ذلك انه باطل لانه لا يتكلم وقد ذكر المصنف أحكام الاخرس في هذه في آخر الكتاب (قوله ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الاول مذهبنا وقال الشافعي يقع بها رجعي لان الواقع بها الطلاق) والطلاق بلا مال يعقب الرجعة بالنص ولا حاجة الى اثبات الاول بانها كنايات عنه حتى أريد هو بها ليدفع بأن كونها كنايات مجاز بل عوامل بحقائقها كما سنذكر بل يكتفي بالاتفاق على ان الواقع طلاق والثاني بالنص فان قيل النص انما أفاد الرجعة بالطلاق الصريح منعناه لان قوله تعالى الطلاق مرتان المعقب بقوله وبعولتهن أحق بردهن أعم من الطلاق الصريح وغيره لان النسبة الى معنى اللفظ لا الى اللفظ غير انه خص منه الطلاق على مال بالنص المقارن لها أعني نص الافتداء لما عرف من ان الافتداء لا يتحقق الا بالبينونة والا ذهب ماله ولا يفيد والحاصل ان الكتاب يفيد ان الطلاق يعقب الرجعة الا ما كان على مال أو ثلاثا واستدل المصنف بقوله ولنا ان تصرف الابانة صدر من أهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية ولما استشعر منع ثبوت الولاية شرعا أثبتها بقوله الحاجة ماسة الى اثبات

قال (ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الاول مذهبنا) وهو مذهب عامة الصحابة (وقال الشافعي يقع بها رجعي) وهو مذهب عمر وابن مسعود (لان الواقع بها الطلاق) واحد (لانها كنايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية) والكنايات عن الطلاق طلاق ولهذا ينتقص به العدد (والطلاق يعقب الرجعة كالصريح) فانه انما يكون معقبا للرجعة لكونه طلاقا

(ولنا ان تصرف الابانة صدر عن أهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية) وكل ما صدر من أهله كذلك كان صحيحا لامحالة اما الاهلية فلا خفاء فيه لان الكلام في الاهل وأما المحلية فثابتة ولهذا كانت المرأة محلا للبينونة الغليظة بالاتفاق وأما الولاية الشرعية فلان الدليل الدال على ولاية الطلاق شرعا وهو مساس الحاجة الى اثباتها دال على ولاية الابانة بوجهين ذكرهما المصنف أحدهما قوله (كى لا ينسد باب التدارك) والثانى قوله (ولا يقع فى عهدتها بالمراجعة من غير قصد) وقوله (باب التدارك) أى تدارك دفع المرأة عن نفسه لانه لو لم يقع البينونة عند نيته عسى توقع المرأة عليه نفسها وقبلته بشهوة فثبتت الرجعة والزوج يريد فراقها كذا فى النهاية وفى هذا كما ترى جعل الوجهين وجها واحدا لانه بعينه تفسير الوجه الثانى فان جعلت الثانى تفسيرا للاول بالعطف فسد النكتة جملة لان وقوع المراجعة من غير قصد لا يستقيم على مذهبه واذا فسد التفسير فسد المفسر والاولى أن يفسر قوله

ولنا ان تصرف الابانة صدر من أهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية ولا خفاء فى الاهلية والمحلية والدلالة على الولاية ان الحاجة ماسة الى اثباتها كى لا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع فى عهدتها بالمراجعة من غير قصد

الابانة كى لا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع فى عهدتها بالمراجعة من غير قصد فقرر بأن المشروعات لدفع حاجة العباد والزوج قد يحتاج الى الابانة بهذه الصفة فتكون هذه الولاية ثابتة دفعا لحاجته لانه لو أبانها بالثلاث عسى ولو طلقها رجعيا بما تتراءى له مصلحة فى الرجعة فيراجعها فيبدو له فيطلقها ثانيا وثالثا فيؤدى الى استيفاء العدد وهو حرام وفيه ينسد باب التدارك فشرع له الابانة على وجه يمكنه التدارك لبقاء المحلية حتى لو بدا له أمكنه التزوج ولا يخفى بعده عن اللفظ والاوجه فى هذه العبارة هكذا قد يحتاج الى الابانة والثلاث بكلمة حرام وتفريقها على ماذكر كذلك فلزم ان تشرع له الابانة على هذه الصفة يعنى شرع الواحدة البائنة والاقرب الى اللفظ ماقيل انه قد يحتاج الى الابانة كى لا يقع فى الرجعة بغير قصد منه بأن تفجأه المرأة فتقبله بشهوة فيصير مراجعا وهو لا يريدها فيحتاج الى طلاق ثان وثالث فينسد باب التدارك فهو لاجل ذلك محتاج الى ان تشرع له الابانة كذلك كى لا تفوت هذه المصلحة ودفع بأن هذه مصلحة وثبوت التمكن من إعادتها اذا ظهر له من نفسه طلبها وتغير رأيه مع ان الانسان محل التغير مصلحة أخرى أكيدة إذ كثيرا ما يقع ذلك بل وقوعه بالمشاهدة أكثر من وقوع طلاق لم تدع النفس بعده الى مراجعة ومع الابانة لها ان تمتنع فيحصل له ضرر شديد وهذه لا تترتب إلا على عدم الابانة فاقتضت عدم شرعيتها بخلاف تلك اذ يمكن تحصيلها مع عدم شرعية الابانة بيسير من الاحتراس من فجأتها مقبلة ونحوه فكان اعتبار منع الابانة أجلب للمصلحة من غير تفويت المصلحة الاخرى فان أردت تخصيص نص اعقاب الطلاق الرجعة بالقياس بعد تخصيصه بالافتداء نصا لان التخصيص بالقياس بعد التخصيص بالنص جائز لم يتم المعنى فيه ولم يلزم لان حاجته الى الخلاص بالابانة ليس كحاجة المرأة لتمكنه من الابانة على وجه لا يعقب الندم لتركها بعد الرجعة حتى تنقضى العدة أو تفريق الثلاث على الاطهار بخلافها فلم يتوقف دفع حاجته على شرعية الواحدة البائنة ولذا رجحنا كراهة الواحدة البائنة فى أوائل كتاب الطلاق بعد ما حققنا سبب تحقق الحاجة إلى الابانة من الفطام هذا ولا يخفى ان المعنيين أعنى عدم انسداد باب التدارك وباب

كى لا ينسد باب التدارك بان الرجل قد يكون نافرا عن المرأة جدا بسبب من الاسباب فيريد فراقها على وجه لا يحل له الرجوع ثم يبدو له فلو لم يوجد الواحد البائن لطلقها ثلاثا ولا يرضى بالاستحلال فينسد عليه باب التدارك واما اذا وجد ذلك فيتدارك بتجديد النكاح وأما الوجه الثانى فتفسيره ماذكره صاحب النهاية ولقائل أن يقول هذا الدليل يدل على أن تصرف الابانة قد صدر من أهله الخ فيكون صحيحا والمدعى ان هذا التصرف تصرف ابانة فلابد من اثباته ليصح ان يقال تصرف الابانة صدر من أهله والجواب ان هذا الدليل يدل على أن الابانة التى يمكن بها التدارك ولا يقع فى عهدتها بالمراجعة من غير قصد محتاج اليها لابد منها وهو لا يمكن أن تكون البينونة الغليظة لانسداد باب التدارك بها فتعين أن تكون البينونة الخفيفة بطلقة واحدة الرجعة

قال المصنف (ولنا ان تصرف الابانة الخ) أقول ولابد فى هذا المقام من المراجعة الى ماذكره العلامة ابن الهمام لينجلى عليك غياهب الاوهام (قوله وأما المحلية فثابتة) أقول كما فى الخلع والطلاق على مال بالاتفاق (قوله دال على ولاية الابانة بوجهين الخ) أقول وانت خبير انه لا يستقل واحد من ذينك الوجهين باثبات المطلوب فالوجه عدهما وجها واحدا كما لا يخفى (قوله فسد النكتة جملة لان وقوع المراجعة من غير قصد لا يستقيم على مذهبه الخ) أقول فيه بحث فانه لا حاجة الى جعل الكلام الزاميا ولو صح ماذكره يلزم فساد النكتة لامحالة اذ لزوم المطلوب من المجموع فتأمل (قوله ولقائل أن يقول هذا الدليل يدل على ان تصرف الابانة الى قوله فلابد من اثباته الخ) أقول فيه بحث اذ يعلم ذلك من

وقوله (وليست كنايات على التحقيق) جواب عن قوله لانها كنايات عن الطلاق وتقريره ان الكناية عن الطلاق الصريح انما تكون كالصريح فى العمل ان لو كانت حقيقة وليست كذلك لانها عوامل فى حقائقها (وقوله والشرط تعيين أحد نوعى البينونة) جواب عن قوله ولهذا يشترط النية وتقريره ان اشتراط النية لو كان لاجل الطلاق كان دليلا على ماذكرتم وليس كذلك بل هو لتعيين أحد نوعى البينونة الغليظة والخفيفة لا للطلاق يعنى النية شرط للطلاق البائن لا للطلاق المجرد وقوله (وانتقاص العدد) جواب عن قوله وينتقص به العدد وتقريره ان الطلاق البائن يزيل الوصلة وكل ماهو كذلك ينتقص به العدد وتحقيقه انه لا منافاة

وليست كنايات على التحقيق لانها عوامل فى حقائقها والشرط تعيين احد نوعى البينونة دون الطلاق وانتقاص العدد لثبوت الطلاق بناء على زوال الوصلة وانما تصح نية الثلاث فيها لتنوع البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى

بين نقص العدد والطلاق البائن فكان النقص من حيث كونه طلاقا بائنا وقوله (وانما تصح نية الثلاث) جواب عما يقال لو كانت عوامل فى حقائقها لما صح نية الثلاث فى قوله أنت بائن مثلا كما لا تصح فى قوله انت طالق لانه عامل بنفسه وتقريره صحة نية الثلاث لم تكن من حيث انه عامل فى حقيقته بل من حيث تنوع البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى وهو الواحد البائن

قوله وليست كنايات الخ (قوله وتقريره ان الكناية عن الطلاق) أقول قيل بل تقريره لا نسلم انها كنايات عن الطلاق حقيقة فانها عوامل فى حقائقها فاطلاق الكناية عليها مجاز وفى ظاهر تقرير الشارح قبول كونه كناية عن الطلاق الصريح وفيه مافيه ويجوز أن يجاب عماذكر بلا فساد فى ذلك فان الامر كذلك

الرجعة اذا تغير رأيه من باب دفع المفسدة لا لجلب المصلحة والوجه فى الاستدلال أن يقال لما أثبت الشرع الايقاع بهذه الالفاظ فقد أثبت الابانة لانها معناها وقوله الطلاق مرتان أى المسنون للاتفاق على صحة وقوع الثلاثة بمرة واحدة خصوصا عنده فانه غير مكروه وأيضا لفظ بائن مثلا يقع به البينونة الغليظة بفم واحد فتقع به الخفيفة كالطلاق لما وقع به الغليظة وقع به الخفيفة وأيضا خص منه الطلاق بمال فلم يبق العموم منه مرادا فحاصله الطلاق المسنون بلا مال يعقب الرجعة فقد أخرج منه ذلك وحين ثبت شرع الايقاع بلفظ بائنة ثبت أيضا اخراج الواحدة البائنة بلا مال لان شرع الايقاع به هو جعل اللفظ سببا لوجوب معناه ومعناه البينونة والدلالة على ايقاع الثلاث شرعا به تحليفه صلى الله عليه وسلم أبا ركانة حين طلقها البتة انه ما أراد الا واحدة وشرح قوله وليست كنايات على التحقيق لانها عوامل فى حقائقها يعنى لا تردد فى المراد للقطع بأن معنى بائن الحقيقى الذى هو ضد الاتصال مراد وكذا البت والبتل القطع والتردد انما هو فى متعلقها أعنى الوصلة وهى أعم من وصلة النكاح والخيرات والشر فاذا تعين بالنية عمل بحقيقته وكذا معنى الحرام والخلية والبرية معلوم والتردد فى كونه بالنسبة اليه أو الى غيره من الرجال فاذا عين المراد بالنية عمل اللفظ بوضعه وانما أطلق عليه كناية مجازا للتردد فى ذلك المتعلق الذى به يتعين الفرد المستعمل فيه اللفظ والوجه ان اطلاق اسم الكناية حقيقة لان الكناية لا تساوى المجاز بل قد تكون حقيقة لانها تعتمد المعنى وقد تكون حقيقة فيها وقد حقق فى نحو طويل النجاد وكثير الرماد ان المراد حقيقة طول النجاد وكثرة الرماد لكن لا يقتصر عليه بل يعبر منه الى طول القامة وكثرة الاضياف فالوجه أن يقال كونها كناية لا يستلزم كونها مجازا عن الطلاق وتحقيقه أنه مشترك معنوى من قبيل المشكك فالقطع المتعلق بالنكاح فرد من نوع ما يتعلق به والمتعلق بالخير والشر كذلك فاذا لم يذكر متعلقه احتمل كما يحتمل رجل كلا من زيد وعمرو وغيرهما والوجه أن يقول انها عوامل بحقائقها أو بحقيقة ما استعملت فيه وهذا لان نحو حبلك على غاربك مجاز عن التخلية والترك وهو بالبينونة وكذا وهبتك لاهلك لتعذر حقيقة الهبة أعنى التمليك فهو مجاز عن رددتك على ماقدمناه وقياس الباقى سهل وبهذا ظهر انه لا يراد بها الطلاق بل البينونة لانها هى معنى اللفظ الدائر فى الافراد وهى متنوعة الى غليظة وهى المترتبة على الثلاث وخفيفة كالمترتبة على الخلع فأيهما أراد صح ويثبت ما يثبت بلفظ طالق على مال وطالق ثلاثا وحاصله ان ما يثبت عند طالق شرعا لازم أعم يثبت عنده وعند هذه الالفاظ والخلع فقولنا يقع به الطلاق حينئذ معناه يقع لازم لفظ

الكنه مجاز على ما ينادى عليه كلامه (قوله وتقريره ان اشتراط النية لو كان لاجل الطلاق كان دليلا على ماذكرتم وليس كذلك بل هو لتعيين أحد نوعى البينونة الغليظة والخفيفة الخ) أقول فيه بحث فان المستفاد من كلامه ان البينونة النكاحية تحصل لا محالة بحقيقة كلامه والتردد فى الغليظة والخفيفة وليس كذلك ولو صح لحصلت البينونة الخفيفة فى حالة الرضا بلا نية لانها الادنى المتيقن بل مراد المصنف من أحد نوعى البينونة عن وصلة النكاح فالنوع الآخر البينونة عن غيرها فليتأمل (قوله كما لا تصح فى قوله أنت طالق لانه عامل بنفسه) أقول فيه ان عدم صحة النية ليس لكونه عاملا بنفسه بل لعدم قابلية الطلاق الذى هو صفة المرأة كذلك كما سبق

(ولا تصح نية الثنتين عندنا خلافا لزفر لانه عدد وقد بيناه من قبل) يعني في أوائل باب ايقاع الطلاق وهو قوله ونحن نقول نية الثلاث انما صحت لكونها جنسا الخ وقوله (وان قال لها اعتدي اعتدي اعتدي) وقال نويت بالاولى طلاقا وبالثانية حيضا دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه. هذه المسئلة تحتمل وجوها هذا تفصيلها نوى بالجميع طلاقا وقعت ثلاث نوى بالجميع حيضا وقعت واحدة لم ينو شيأ لم يقع شئ نوى بالاولى طلاقا لا غير وقع (٩٦) ثلاث نوى بالثانية طلاقا لا غير وقعت واحدة نوى بالاولى حيضا لا غير وقعت ثلاث نوى بالثانية حيضا لا غير وقعت ثنتان نوى بالثالثة حيضا لا غير وقعت واحدة نوى بالاولى طلاقا وبالثانية حيضا لا غير وقعت ثنتان نوى بالاولى طلاقا وبالثالثة حيضا لا غير وقعت ثنتان نوى بالثانية طلاقا وبالثالثة حيضا لا غير وقعت واحدة نوى بالاوليين طلاقا لا غير وقعت ثلاث نوى بالاخريين طلاقا لا غير وقعت ثنتان نوى بالاوليين حيضا لا غير وقعت ثنتان نوى بالاخريين حيضا لا غير وقعت واحدة نوى بالاولى والثالثة طلاقا لا غير وقعت ثلاث نوى بالاولى والثالثة حيضا لا غير وقعت ثنتان نوى بالاولى والثانية طلاقا وبالثالثة حيضا وقعت ثنتان نوى بالاولى والثالثة طلاقا وبالثانية حيضا وقعت ثنتان نوى بالثانية والثالثة طلاقا وبالاولى حيضا وقعت ثلاث نوى بالاولى والثانية حيضا وبالثالثة طلاقا وقعت ثنتان نوى بالاولى والثالثة حيضا وبالثانية طلاقا وقعت ثنتان نوى بالثانية والثالثة حيضا وبالاولى طلاقا وقعت واحدة

ولا تصح نية الثنتين عندنا خلافا لزفر لانه عدد وقد بيناه من قبل (وان قال لها اعتدي اعتدي اعتدي وقال نويت بالاولى طلاقا وبالباقي حيضا دين في القضاء) لانه نوى حقيقة كلامه ولانه يأمر امرأته في العادة بالاعتداد بعد الطلاق فكان الظاهر شاهدا له (وان قال لم أنو بالباقي شيأ فهي ثلاث) لانه لما نوى بالاولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق في نفي النية بخلاف ما اذا قال لم أنو بالكل الطلاق حيث لا يقع شئ لانه لا ظاهر يكذبه وبخلاف ما اذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الاوليين حيث لا يقع الا واحدة لان الحال عند الاوليين لم تكن حال مذاكرة الطلاق

الطلاق شرعا وانتقاص عدده هو متعدد وقوع ذلك اللازم واستكماله في ذلك وبارسال لفظ الثلاث بل معنى وقع الطلاق وقع اللازم الشرعي لانه هو معنى لفظ الطلاق على ما يفيده ما أسلفناه في فاتحة كتاب الطلاق فارجع اليها فالواقع بالكناية هو الطلاق بلا تأويل وتقرير المصنف أن الواقع البينونة بالكنايات ثم ينتقص العدد بناء على زوال الوصلة وهذا جواب عن قول الشافعي وينتقص به وهو بناء على انه غيره وأنت تعلم انه لا يلزم من زوال وصلة النكاح وقوع الطلاق لتحقق زوالها في الفسوخ مع عدم الطلاق والجواب ان زوال الوصلة لا بد أن يستعقب في غير الفسخ النقصان والاتفاق على ان الثابت بالكناية ليس فسخا فلزمه نقصان العدد (قوله ولا تصح نية الثنتين) أي بالكنايات عندنا خلافا لزفر وقد بيناه من قبل في باب ايقاع الطلاق في التطليق بالمصدر (قوله ولو قال لها اعتدي اعتدي اعتدي) هذه المسئلة تحتمل وجوها أن ينوي بكل من هذه الالفاظ طلاقا أو بالاولى طلاقا لا غير أو بالاولى حيضا لا غير أو بالاوليين طلاقا لا غير أو بالاولى والثالثة طلاقا لا غير أو بالثانية والثالثة طلاقا أو بالاولى حيضا وفي هذه الوجوه الستة تطلق ثلاثا أو ينوي بالثانية طلاقا لا غير أو بالاولى طلاقا وبالثانية حيضا لا غير أو بالاولى طلاقا وبالثالثة حيضا لا غير أو بالاخريين طلاقا لا غير أو بالاوليين حيضا لا غير أو بالاولى والثالثة حيضا لا غير أو بالاولى والثانية طلاقا وبالثالثة حيضا أو بالاولى والثالثة طلاقا وبالثانية حيضا أو بالاولى والثانية حيضا وبالثالثة طلاقا أو بالاولى والثالثة حيضا والثانية طلاقا أو بالثانية حيضا لا غير وفي هذه الاحد عشر تطلق ثنتين أو ينوي بكل منها حيضا أو بالثالثة طلاقا لا غير أو بالثالثة حيضا لا غير أو بالثانية طلاقا أو بالثالثة حيضا لا غير أو بالثانية والثالثة حيضا وبالاولى طلاقا أو بالاخريين حيضا لا غير وفي هذه الوجوه الستة تطلق واحدة أو لم ينو بكل منها شيأ فلا يقع في هذا الوجه شئ والاصل انه اذا نوى الطلاق بواحدة تثبت حال مذاكرة الطلاق فلا يصدق في عدم نية شئ بما بعدها ويصدق في نية الحيض لظهور الامر بالاعتداد الحيض عقيب الطلاق واذا لم ينو الطلاق بشئ صح وكذا كل ما قبل المنوي به أو نية الحيض بواحدة غير مسبوقة بواحدة منوي بها الطلاق يقع بها الطلاق وتثبت بها حالة المذاكرة فيجري فيها الحكم المذكور لها بخلاف ما اذا كانت مسبوقة بواحدة أريد بها الطلاق حيث لا يقع بها الطلقة الثانية لصحة الاعتداد بعد الطلاق ولا يخفى التخريج بعد هذا وان هذا فيما اذا كان الخطاب مع من هي من ذوات الحيض فلو كانت آيسة أو صغيرة فقال أردت بالاول

وبناء هذه الوجوه على الاقتضاء وعلى حال مذاكرة الطلاق وعلى ان النية تبطل بمذاكرة الطلاق فاعتبر ذلك والله الموفق

(قال المصنف حال مذاكرة الطلاق) أقول قد ظهر مما ذكر ان حالة مذاكرة الطلاق لا يقتصر على السؤال وهو خلاف ما قدموه من انها حال سؤالها أو سؤال الاجنبي طلاقها بل هي أعم من حالة السؤال للطلاق ومن مجرد ابتداء الايقاع (قال المصنف فتعين الباقيان) أقول من قبيل اطلاق الجمع على المثنى

وفى كل موضع يصدق الزوج على نفى النية انما يصدق مع اليمين لانه أمين فى الاخبار عما فى ضميره والقول قول الامين مع اليمين

بالاول طلاقا وبالباقى تربصا بالاشهر كان حكمه مثل ما نحن فيه ولو قال نويت بهن واحدة فهو كما قال ديانة لاحتمال قصد التأكيد كانت طالق طالق طالق لاقضاء لانه خلاف الظاهر وعلمت ان المرأة كالقاضى لا يحل لها أن تمكنه من نفسها اذا علمت منه ما ظاهره خلاف مدعاه وقد ظهر مما ذكر ان حال مذاكرة الطلاق لا تقتصر على السؤال وهو خلاف ما قدموه من انها حال سؤالها أو سؤال أجنبى طلاقها بل هى أعم من حالة السؤال للطلاق ومن مجرد ابتداء الايقاع ثم على هذا لقائل أن يقول المذاكرة التى تصير الكناية معها ظاهرة فى الايقاع انما هى سؤال الطلاق لان ذكر الكناية الصالحة للايقاع دون الرد عقيب سؤال الطلاق ظاهر فى قصد الايقاع به فيمتنع قبول دعواه عدم ارادة الطلاق بخلاف المذاكرة بمعنى الابتداء بايقاع الطلاق مرة فان الايقاع مرة لا يوجب ظهور الايقاع مرة ثانية وثالثة فلا يكون اللفظ الصالح له ظاهرا فى الايقاع حتى لا يقبل قوله فى عدم ارادته بالكناية (قوله وفى كل موضع يصدق الزوج فى نفى النية انما يصدق مع اليمين الخ) قدمنا بيانه ونقله من الكافى للحاكم ولزوم اليمين لما فيه من الالزام على الغير بعد ثبوت احتمال نفيه بالكناية فيضعف مجرد نفيه فيقوى باليمين والاقرب انه لنفى التهمة أصله حديث تحليف ركانة المتقدم ﴿ فروع ﴾ طلقها واحدة ثم قال جعلتها بائنة صارت بائنة وقال محمد لا تكون الا رجعية ولو قال جعلتها ثلاثا صارت ثلاثا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا تكون الا واحدة لان الواحدة لا تكون ثلاثا ولمحمد فى الاول ان جعله الواحدة الرجعية بائنة تغيير للمشروع فيرد عليه قلنا يملك البائن لما ذكرناه قريبا لكنه لم ينص على وصف ابتداء اكتفاء بأصل الطلاق فكان رجعيا باعتبار عدم حصول البينونة فاذا أبانها التحقت بأصل الطلاق كما لو فعلها ابتداء كالوكيل بالبيع لما ملك البيع النافذ كان مالكا لاصله ووصفه وملك الحاق وصفه بأصله كتنفيذ عقد الفضولى واعلم ان الصريح يلحق الصريح والبائن عندنا والبائن يلحق الصريح لا البائن الا اذا كان معلقا فلو قال لها بعد الخلع أنت طالق يقع الطلاق عندنا خلافا للشافعى ولو قال بائن لم يقع اتفاقا ولو قال ان دخلت فأنت بائن ينوى الطلاق ثم أبانها فدخلت فى العدة وقع عليها طلاق آخر عندنا خلافا لزفر أما كون الصريح يلحق البائن فلقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به يعنى الخلع ثم قال تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والفاء للتعقيب فهو نص على وقوع الثالثة بعد الخلع وعن أبى سعيد الخدرى عنه صلى الله عليه وسلم المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت فى العدة وهنا القيد الحكمى باق لبقاء أحكام النكاح وانما فات الاستمتاع وهو لا يمنع التصرف فى المحل كالحيض ولهذا الحق البائن الصريح بل أولى لبقاء الاستمتاع وأما عدم لحوق البائن البائن فلامكان جعله خبرا عن الاول وهو صادق فيه فلا حاجة الى جعله انشاء لانه اقتضاء ضرورى حتى لو قال عنيت به البينونة الغليظة ينبغى أن يعتبر وتثبت الحرمة الغليظة لانها ليست ثابتة فى المحل فلا يمكن جعله اخبارا عن انها ثابتة فتجعل انشاء ضرورة ولهذا وقع البائن المعلق قبل تنجيز البينونة كما مثلناه لانه صح تعليقه ولم يمكن جعله خبرا حين صدر وأورد عليه ان مثله لازم فى أنت طالق أنت طالق فلزم أن لا يلحق الصريح أجيب بأنه لا احتمال فيه لان أنت طالق متعين للانشاء شرعا ولو قال أردت به الاخبار لا يصدق قضاء وفى مسئلتنا لم يذكر أنت بائن ثانيا ليجعل خبرا بل الذى وقع أثر التعليق السابق وهو زوال القيد عند وجود الشرط وهو محل فيقع و يقع المعلق بعد المعلق وقد عرف من استدلالهم الذى أطبقوا عليه ان المراد من البائن الذى لا يلحق ما هو بلفظ الكناية لانه هو الذى ليس ظاهرا فى انشاء الطلاق و به يقع الفرق بين الصريح أنت طالق أنت طالق وأنت بائن

(وفى كل موضع يصدق الزوج على نفى النية انما يصدق مع اليمين لانه أمين فى الاخبار عما فى ضميره والقول قول الامين مع اليمين) والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

ولانهم جعلوه مقابل الصريح ولا يقابله البائن الا اذا كان كناية لان الصريح أعم من البائن لانه مالا يحتاج الى نية بائنا كان الواقع به أو رجعيا والكناية ما يحتاج اليها غير انه لا يقع بها في غير الالفاظ الثلاثة اعتدى استبرئي رحمك أنت واحدة الا بائن وفي الخلاصة نقلا من الزيادات الذي يلحق البائن لا يكون رجعيا والصريح يلحق البائن وان لم يكن رجعيا وقوله الذي يلحق البائن لا يكون رجعيا لانه لا يتصور لان البينونة السابقة تمنع الرجعة التي هي حكم الصريح غير المقيد بابانة ماذكر من انه اذا أبانها ثم قال لها أنت طالق بائن يلغو بائن هو لما ذكرنا من عدم تصور الرجعة فكان ذكره وتركه سواء وما زاد في تعليل الالغاء في هذه المسئلة في الحاوي من قوله يلغو تصحيحا لكلامه لا معنى له وعلى مجرد الالغاء اقتصر في الخلاصة ومحله ماذكرنا وعلى هذا ما وقع في حلب من الخلاف في واقعة وهي ان رجلا أبان امرأته ثم طلقها ثلاثا في العدة الحق فيه انه يلحقها لما سمعت من ان الصريح وان كان بائنا يلحق البائن ومن ان المراد بالبائن الذي لا يلحق هو ما كان كناية على ما يوجبه الوجه وفي الحقائق لو قال ان فعلت كذا فحلال الله على حرام ثم قال هكذا لامر آخر ففعل أحدهما وقع طلاق بائن ثم لو فعل الآخر قال ظهير الدين ينبغي أن يقع آخر وقال هذا ينبغي أن يحفظ ﴿ تتمة ﴾ في الشهادة على الطلاق من الكافي للحاكم وهو مجموع كلام محمد رحمه الله في كتبه لو شهدا بالطلاق والزوجان متصادقان على عدم الطلاق فرق بينهما لان البينة تكذبهما ولو شهدا انه طلق احدى نسائه بعينها ونسياها فشهادتهما باطلة ولو شهدا انه طلق إحداهن بغير عينها ألزمناه الايقاع على احداهن استحسانا وفي القياس هو كالاول ولو شهد شاهد على طلقتين وآخر بثلاث والزوج منكر لم تجز هذه الشهادة على قول أبي حنيفة وعندهما تجوز على طلقتين وتأتي هذه في الهداية في باب الاختلاف في الشهادة واذا شهد شاهد عدل على الطلاق فسألت المرأة القاضي أن يضعها على يد عدل حتى تأتي بالآخر لا يفعل ويدفعها الى زوجها فان كان الطلاق بائنا وادعت ان بقية الشهود بالمصر وشاهدها عدل فان أجلها ثلاثة أيام وحال بينها وبين زوجها حتى ينظر ما تصنع في شاهدها الآخر فهو حسن وان دفعها للزوج لا بأس به ولو شهد أحدهما انه طلقها ثلاثا والآخر انه قال أنت على حرام ينوي الطلاق فهي باطلة وكذا لو شهد أحدهما انه طلقها ان دخلت الدار وانها دخلت والآخر انه طلقها ان كلمت فلانا وانها كلمته وكذا ان اختلفا في ألفاظ الكنايات وكذا في مقادير الشروط التي علق عليها في التعليق والارسال ومقادير الاجعال وصفاتها وفي اشتراطها وحذفها واذا شهدا انه قال ان دخلت فلانة الدار فهي طالق وفلانة معها والآخر انه قال وحدها وقد دخلت ففلانة تطلق وحدها لانهما اتفقا فيما وقع فيه الطلاق على واحدة ولو شهد واحد على تطليقة بائنة وآخر على تطليقة رجعية جازت على الرجعية وكذا اذا شهد على تطليقة والآخر على واحدة وواحدة أو على واحدة والآخر على واحدة وعشرين أو واحدة ونصف والاصل عنده انها في العطف تصح في المعطوف عليه لاتفاقهما على اللفظ أو مرادفه بخلاف البائن فلذا لا تقبل شهادة أحدهما على واحدة والآخر على ثنتين عنده خلافا لهما لان الذي شهد بثنتين لم يتكلم بالواحدة ولا بمرادفها وسيأتي هذا الاصل في باب الاختلاف في الشهادة ولو شهد انه قال فلانة طالق لا بل فلانة والآخر على انه سمى الاولى فقط جازت على الاولى ولو شهد انه قال طالق الطلاق كله والآخر على انه قال بعض الطلاق لم تجز الشهادة عنده وعندهما تطلق واحدة ولو شهد انه قال طالق والآخر انه أقر بالطلاق جازت وكذا ان اختلفا في الوقت أو المكان أو الزمان بان شهد انه طلقها يوم النحر بمكة والآخر انه طلقها في ذلك اليوم بالكوفة فهي باطلة لتيقن كذب أحدهما ولو شهدا بذلك في يومين متفرقين بينهما من الايام قدر ما يسير الراكب من الكوفة الى مكة جازت شهادتهما ولو شهد اثنان انه طلق عمرة يوم النحر بالكوفة والآخران انه طلق زينب يوم النحر بمكة فشهادتهما باطلة ولو جاءت احدى البينتين فقضى بها ثم جاءت

لما فرغ من تصرف نفس الرجل في الطلاق شرع في بيان التصرف الحاصل فيه من غيره في باب على حدة واخره لان الاصل تصرف المرء لنفسه ﴿فصل في الاختيار﴾ هذا الباب ثلاث فصول بالاستقراء وذكرها متوالية وكلامه واضح وحاصله ان فيه قياسا واستحسانا القياس يقتضي أن لا يقع بهذا شيء وان نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ حتى لو قال اخترتك من نفسي أو اخترت نفسي منك لا يقع شيء ومن لا يملك شيأ لا يملك تمليكه لغيره لكن استحسنوا ترك القياس لاجماع الصحابة روي عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وابن عمر وجابر وزيد وعائشة انهم قالوا اذا خير الرجل امرأته كان لها الخيار مادامت في مجلسها ذلك فاذا قامت فلا خيار لها ولم ينقل عن غيرهم خلاف ذلك فحل محل الاجماع وقوله (ولانه تمليك) دليل معقول على أن الاصل ان يقتصر الجواب على المجلس كما في البيع وهو مخالف لما ذكر صاحب النهاية ان القياس أن لا يبطل خيارها بالقيام عن المجلس لان التخيير من الزوج مطلق والمطلق فيما يحتمل التأبيد يتأبد لكن تركنا هذا القياس بآثار الصحابة والمصنف جعله كالبيع في كونه تمليكا ثم لا يخلو اما أن يكون البيع مما يتأبد أو مما لا يتأبد فان كان الاول بطل

﴿باب تفويض الطلاق﴾

﴿فصل﴾ في الاختيار (واذا قال لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق أو قال لها طلقي نفسك فلها أن تطلق نفسها مادامت في مجلسها ذلك فان قامت منه أو أخذت في عمل آخر خرج الامر من يدها) لان المخيرة لها المجلس باجماع الصحابة رضي الله عنهم أجمعين ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع

الاخرى لم يلتفت اليها واذا قال الرجل لامرأتيه أيتكما أكلت هذا فهي طالق فجاءت كل ببينة انها أكلته تطلقان جميعا وان جاءت احداهما ببينة فحكم بها ثم جاءت الاخرى لم يلتفت اليها وان كانتا أكلتا لم تطلقا

﴿باب تفويض الطلاق﴾

﴿فصل في الاختيار﴾ لما فرغ من بيان الطلاق بولاية المطلق نفسه شرع في بيانه بولاية مستفادة من غيره وتحت هذا الصنف ثلاثة أصناف التفويض بلفظ التخيير وبلفظ الامر باليد وبلفظ المشيئة (قوله اذا قال لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق) يعني ينوي تخييرها فيه (أو قال لها طلقي نفسك فلها أن تطلق نفسها مادامت في مجلسها ذلك) وان طال يوما أو أكثر ولم يتبدل بالاعمال (فان قامت منه أو أخذت في عمل آخر خرج الامر من يدها لان المخيرة لها خيار المجلس باجماع الصحابة رضوان الله عليهم) قال ابن المنذر واختلفوا في الرجل يخير زوجته فقالت طائفة أمرها بيدها فان قامت من مجلسها فلا خيار لها روينا هذا القول عن عمر بن الخطاب وعثمان وابن مسعود رضي الله تعالى عنهم أجمعين وفي أسانيدها مقال وبه قال جابر بن عبد الله وقال به عطاء وجابر بن زيد ومجاهد والشعبي والنخعي ومالك وسفيان الثوري والاوزاعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وفيه قول ثان وهو ان أمرها بيدها في ذلك المجلس وفي غيره وهذا قول الزهري وقتادة وأبي عبيد وابن نصر وبه نقول ويدل على صحته قول النبي صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها لا تعجلي حتى تستأمري أبويك وحكى صاحب المغني هذا القول عن علي فاعترض على نقل الاجماع والجواب ان الرواية عن علي لم تستقر فقد روى عنه كقول الجماعة ولذا نص في بلاغات محمد رحمه الله انه قائل بالاقتصار على المجلس قال بلغنا عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وجابر رضي الله عنهم في الرجل يخير امرأته ان لها الخيار مادامت في مجلسها ذلك فاذا قامت من مجلسها فلا خيار لها فيكون اجماعا سكوتيا من قول المذكورين وسكوت غيرهم وأين من نقل عنهم من التابعين القول الاول ممن نقل عنهم الثاني وقوله في أسانيدها مقال لا يضر بعد تلقي الامة بالقبول مع ان رواية عبد الرزاق عن ابن مسعود وجابر بن عبد الله جيدة وأما التمسك بقوله صلى الله عليه وسلم لعائشة لا تعجلي الخ فضعيف لانه صلى الله عليه وسلم لم يكن تخييره ذلك هذا التخيير المتكلم فيه وهي ان توقع بنفسها بل على انها ان اختارت نفسها طلقها ألا ترى الى قوله تعالى في الآية التي هي سبب التخيير منه صلى الله عليه وسلم ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا (قوله ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات تستدعي جوابا في المجلس) أورد

﴿باب تفويض الطلاق﴾

(قال المصنف ينوي بذلك الطلاق) أقول أي تفويض الطلاق فالمضاف محذوف (قوله وهو مخالف لما ذكر الخ) أقول يجوز أن يكون ما ذكره المصنف وجه الاستحسان فلا مخالفة بينهما حينئذ

القياس أعني قياس المصنف التخيير على البيع لانه مما يقتصر على المجلس وان كان الثاني كان الاختيار كذلك فلم يكن القياس ماذكره صاحب النهاية ثم فرق بين التمليك والتوكيل بان التمليك يقتضي أن يكون المملك له عاملا لنفسه والتوكيل يقتضي أن يكون الوكيل عاملا لغيره والمرأة بعد التخيير انما تعمل لنفسها فكان التخيير تمليكا لا توكيلا وأورد على ذلك شبها أحدها ان رب الدين اذا وكل المديون بابراء ذمته عن الدين فهو وكيل وان كان عاملا لنفسه في ابراء ذمته عن الدين والدليل على أنه وكيل عدم الاقتصار على المجلس ويملك صاحب الدين الرجوع قبل الابراء والثانية ان التخيير لو كان تمليكا توارد ملكه وملكها على الطلاق دفعة وهو لا يصح والثالثة انه لو قال طلقي نفسك ثم حلف أن لا يطلق وطلقت هي نفسها حنث الزوج في يمينه ولو ملكت طلاقها لما حنث وأجاب عن الاول بما حاصله أن تصرف المديون لنفسه وقع في ضمن صحة وكالته والضمني غير معتبر وهو ليس بدافع لجواز أن يقال مثله في التخيير بانها تعمل لنفسها في ضمن صحة وكالتها وكذا بقية كلامه في الاجوبة لا يخلو عن ضعف يطول الكلام بذكره (وأقول) التمليك هو الاقرار الشرعي على محل التصرف والتوكيل هو الاقرار على التصرف وحينئذ تندفع الشبهة الاولى والجواب عن الثانية أن التخيير تمليك لكن لا يثبت به الملك لها الا بالقبول فقبله لا ملك لها وبعده زال ملكه فلم يتوارد الملكان عليه لا قبل القبول ولا بعده وعن الثالثة بان المسئلة ممنوعة والمنع مذكور في الزيادات ثم ان المرأة اما أن تختار زوجها أو نفسها فان اختارت زوجها لم يقع شئ وقال علي رضي الله عنه تقع تطليقة رجعية كأنه جعل عين هذا اللفظ طلاقا وانما نأخذ بقول عمر وابن مسعود رضي الله عنهما انه لا يقع في ذلك شئ قالت عائشة خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه ولم يكن ذلك طلاقا وان اخترت نفسها فهي واحدة بائنة عندنا وهو قول علي لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك في البائن ولا يقع ثلاث وان نوى الزوج لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة فانها تتنوع كما تقدم

لكن

لان ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة الا ان المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنه وتارة بالاشتغال بعمل آخر

لو كان تمليكا لم يبق الزوج مالكا للطلاق في ذلك المجلس لاستحالة كون الشئ مملوكا كله لا كثر من واحد في زمان واحد وهو منتف فانه لو طلقها بعد التخيير وقع وأيضا لو صارت مالكة كان من قال لامرأته طلقي نفسك ثم حلف أن لا يطلقها فطلقت نفسها لا يحنث وقد نص محمد على انه يحنث وهو يقتضي أن تكون نائبة عنه لا مالكة وأيضا يصح عندنا توكيل المديون بابراء نفسه وهذا يرد على تعليل كونه تمليكا بانها عاملة لنفسها وأجيب بأن المراد بالمالك هنا من يقدر على الفعل باختياره بحيث لا يلحقها اثم على نفس الفعل ولا خلف في عدم فعله بخلاف الوكيل فانه مخالف ان لم يفعل ويتصور الملك على هذا الوجه من اثنين فان تمليك الفعل هكذا ولزوم انتفاء الملك بالتمليك في الاعيان لا في ملك الافعال للقطع بثبوت ملك كل من مائة رجل لفعل واحد كلا وهو الاقتصاص ومسئلة اليمين ممنوعة والحنث قول محمد والمنع مذكور في الزيادات لصاحب المحيط وأما المديون فوكيل وانما وقع عمله في الابراء لرب الدين باعتبار أمره وثبت أثر التصرف لنفسه في ضمنه وهو فراغ ذمته وفي هذا نظر نجريه في تطليقها نفسها بأن يقال هي وكيلة فهي في نفس فعل الايقاع عاملة له وثبوت الحاصل لها ضمنا ولو التزم كون المديون مملكا لم يصح لانتفاء لازمه لان للدائن أن يرجع قبل الابراء وسنذكر ما هو الاوجه واعلم ان الجواب الذي يستدعيه التمليك هو القبول في المجلس والجواب المتكلم فيه هو تطليقها نفسها وهو بعد تمام التمليك فليس هذا الوجه مستلزما للمطلوب ولهذا قال في الذخيرة ان هذا التمليك يخالف سائر التمليكات من حيث انه يبقى الى ما وراء المجلس ان كانت غائبة ولا يتوقف على القبول فظهر ان هذا التمليك بخصوصه لا يستدعي الجواب الذي يتم به التمليكات ولكونه تمليكا يتم بالمالك وحده بلا قبول لا يقدر على الرجوع لا لكونه متضمنا معنى التعليق لانه اعتبار يمكن في سائر الوكالات لتضمنها معنى ان بعته فقد أجزته والولايات لتضمنها اذا حكمت بين من شئت فقد أجزته فكان يقتضي أن لا يصح الرجوع والعزل فيهما فلا حاجة اليه لهذا المعنى لابتنائه على ماذكرنا

(قوله أعني قياس المصنف التخيير على البيع لانه الخ) أقول ضمير لانه راجع الى التخيير قال المصنف (لان ساعات المجلس) أقول هذا تعليل لثبوت خيار المجلس لها كما لا يخفى قوله (وهو لا يصح) أقول ولك ان تمنع ذلك في الافعال قوله (وقع في ضمن صحة وكالته الخ) أقول أي في ضمن عمله للموكل بحكم الوكالة حيث يحصل له الثواب بهذا الابراء بخلاف الاختيار فلا يتجه حينئذ ما أورده الشارح فليتأمل (قوله والجواب عن الثانية الخ) أقول فيه بحث اذ ماذكره يجر الى ان يوجد التمليك والتملك ولا يحصل الملك للتملك كما لا يخفى (قوله قالت عائشة رضي الله عنها خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم) لم يكن التخيير الذي فيه الكلام وهو ان توقع بنفسها بل على انها ان اختارت نفسها طلقها الا يرى الى قوله تعالى فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا في صحة النقل كلام وسيجئ زيادة كلام متعلق بالمقام

اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما ويبطل خيارها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض بخلاف الصرف والسلم لان المفسد هنالك الافتراق من غير قبض ثم لابد من النية فى قوله اختارى لانه يحتمل تخييرها فى نفسها ويحتمل تخييرها فى تصرف آخر غيره (فان اختارت نفسها فى قوله اختارى كانت واحدة بائنة) والقياس أن لا يقع بهذا شئ وان نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ فلا يملك التفويض الى غيره الا انا استحسناه لاجماع الصحابة رضى الله عنهم ولانه بسبيل من أن يستديم نكاحها أو يفارقها فيملك اقامتها مقام نفسه فى حق هذا الحكم ثم الواقع بها بائن لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك فى البائن (ولا يكون ثلاثا وان نوى الزوج ذلك) لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة لان البينونة قد تتنوع

لكن إذا كان الملك يثبت فيه بالمملك وحده لم يصح القول بأنه يخالف سائر التمليكات من حيث انه يبقى الى ماوراء المجلس بل بقاؤه هو الموافق لسائر التمليكات التى يثبت الملك عندها وانما خالفها بما ذكرنا وباعتبار اقتصاره على المجلس والمستند فيه اجماع الصحابة واعلم ان الاقتصار على المجلس فى الخطاب المطلق أما لو قال طلقى نفسك متى شئت فهو لها فى المجلس وغيره واذا فوض وهى غائبة اعتبر مجلس علمها ولو قال جعلت لها أن تطلق نفسها اليوم اعتبر مجلس علمها فى ذلك اليوم فلو مضى اليوم ثم علمت يخرج الامر من يدها وكذا كل وقت قيد التفويض به وهى غائبة ولم تعلم حتى انقضى بطل خيارها فى المجلس وليس للزوج ان يرجع قبل انقضاء المجلس لانه بمعنى اليمين إذ هو تعليق الطلاق بتطليقها نفسها وقد علمت ماهو التحقيق (**قوله** اذ مجلس الخ) لو كان يتحدثان فأخذا فى الاكل انقضى مجلس الحديث وجاء مجلس الاكل فلو انتقلا الى المناظرة انقضى مجلس الاكل وجاء مجلس المناظرة ولو خيرها فلبست ثوبا أو شربت لا يبطل خيارها لان العطش قد يكون شديدا يمنع التأمل ولبس الثوب قد يكون لتدعو شهودا بخلاف مالو أكلت مالبس قليلا أو امتشطت أو أقامها الزوج قسرا فانه يخرج الامر من يدها لظهور الاعراض به ووجه بأن فى الاقامة انها امكنها ممانعته فى القيام أو تبادر الزوج باختيارها نفسها فعدم ذلك دليل الاعراض وكذا إذا خاضت فى كلام آخر قال تعالى حتى يخوضوا فى حديث غيره أفاد انه اعراض عن الاول (**قوله** ثم لابد من النية) أى نية الطلاق فى قوله (اختارى لانه يحتمل تخييرها فى نفسها) بالاقامة على النكاح وعدمه (ويحتمل تخييرها فى غيره) من نفقة أو كسوة فاذا اختارت نفسها فأنكر قصد الطلاق فالقول له مع يمينه أما إذا خيرها بعد مذاكرة الطلاق فاختارت نفسها ثم قال لم أنو الطلاق لا يصدق فى القضاء وكذا إذا كانا فى غضب أو شتيمة واذا لم يصدق فى القضاء لا يسع المرأة ان تقيم معه الا بنكاح مستقبل (**قوله** والقياس ان لا يقع بها شئ) لان التمليك فرع ملك المملك وهو لا يملك الايقاع بهذه اللفظة لو قال اخترت نفسى منك أو اخترتك من نفسى ناويا لا يقع الا انا استحسنا الوقوع باختيارها باجماع الصحابة رضى الله عنهم (**قوله** ولانه بسبيل الخ) ظاهره انه وجه آخر للاستحسان يقابل القياس ويقتضى الوقوع بخصوص هذه اللفظة وهو لا يقتضى ذلك وانما يقتضى جواز اقامتها مقامه فى الفراق ولا تلاقى بينهما بل يقتضى ان لا يقع به لان اقامتها مقام نفسه فيما يملكه ولا يملك الايقاع بهذه اللفظة فهو وجه القياس (**قوله** ثم الواقع بها بائن) روى عن زيد بن ثابت انه ثلاث وبه أخذ مالك فى المدخول بها وفى غيرها يقبل منه دعوى الواحدة وعن عمر وابن عباس وابن مسعود واحدة رجعية وبه أخذ الشافعى وأحمد وثبت عن على رضى الله عنه ان الواقع به واحدة بائنة توسط بين الغايتين ورجح قول عمر وابن مسعود بأن الكتاب دل على ان الطلاق يعقب الرجعة الا ان تكون الطلقة الثالثة وأنت علمت انه أخرج منه الطلاق بمال وقبل الدخول ولزم اخراج الطلاق بما دل على البينونة من الالفاظ على ما أسلفناه ولفظ اخترت نفسى بل نفس تخييرها يفيد ملكها

قال (ولابد من ذكر النفس في كلامه أو في كلامها حتى لو قال لها اختاري فقالت قد اخترت فهو باطل) لانه عرف بالاجماع وهو في المفسرة من أحد الجانبين ولان المبهم لا يصلح تفسيرا للمبهم الآخر ولا تعيين مع الابهام (ولو قال لها اختاري نفسك فقالت اخترت تقع واحدة بائنة) لان كلامه مفسر وكلامها خرج جوابا له فيتضمن اعادته (وكذا لو قال اختاري اختيارة فقالت اخترت) لان الهاء في الاختيارة تنبئ عن الاتحاد والانفراد واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة و يتعدد أخرى فصار مفسرا من جانبه

نفسها إذا اختارتها لانه ينبئ عن الاستخلاص والصفاء من ذلك الملك وهو بالبينونة والا لم تحصل فائدة التخيير اذا كان له ان يراجعها شاءت أو أبت وقد روى الترمذي عن عبد الله بن مسعود وعمر أن الواقع بها بائنة كما روى عنهما الرجعية فاختلفت الرواية عنهما وقد ترجح بما ذكرنا قول علي وعمر وابن مسعود ثم هو غير متنوع لانه انما يفيد الخلوص والصفاء والبينونة تثبت فيه مقتضى فلا يعم بخلاف أنت بائن ونحوه فلا يقع الثلاث في قوله اختاري وان نواها بخلاف التفويض بقوله أمرك بيدك حيث تصح نية الثلاث فيه لان الامر شامل بعمومه لمعنى الشأن للطلاق فكان من أفراده لفظا والمصدر يحتمل نية العموم وقيل الفرق ان الوقوع بلفظ الاختيار على خلاف القياس باجماع الصحابة واجماعهم انعقد على الطلقة الواحدة بخلاف تلك المسائل أي بائن ونحوه لان الوقوع مقتضى نفس الالفاظ ومقتضاها البينونة وهي متنوعة وفيه نظر لانتفاء اجماعهم على الواحدة لما قدمنا من قول زيد بن ثابت ان الواقع به ثلاث قولا بكمال الاستخلاص (قوله ولابد من ذكر النفس في كلامه او كلامها) يعني أو ما يقوم مقامه كالاختيارة والتطليقة وكذا إذا قالت اخترت أبي وأمي أو الازواج أو أهلي بعد قوله اختاري يقع لانه مفسر في الازواج ظاهر وكذا أهلي لان الكون عندهم وهو المفهوم من اخترت أهلي انما يكون للبينونة وعدم الوصلة مع الزوج ولذا تطلق بقول الزوج الحقي بأهلك بخلاف قولها اخترت قومي أو ذا رحم محرم لا يقع وينبغي ان يحمل على ما اذا كان لها أب أو أم اما إذا لم يكن ولها أخ ينبغي أن يقع لانها تكون عنده عادة عند البينونة إذا عدمت الوالدين وانما اكتفى بذكر هذه الاشياء في أحد الكلامين لانها ان كانت في كلامه تضمن جوابها اعادته كانها قالت فعلت ذلك وان كان في كلامها فقد وجد ما يختص بالبينونة في اللفظ العامل في الايقاع فالحاجة معه ليس الا الى نية الزوج فاذا فرض وجودها تمت علة البينونة فتثبت بخلاف ما إذا لم تذكر النفس ونحوها في شيء من الطرفين لان المبهم لا يفسر المبهم إذ لفظه حينئذ مبهم ولذا كان كناية لاحتمال اختاري ما شئت من مال أو حال أو مسكن وغيره وأيضا الاجماع انما هو في المفسر من أحد الجانبين والايقاع بالاختيار على خلاف القياس فيقتصر على مورد النص فيه ولولا هذا الامكن الاكتفاء بتفسير القرينة الحالية دون المقالية بعد ان نوى الزوج وقوع الطلاق به وتصادقا عليه لكنه باطل والا لوقع بمجرد النية مع لفظ لا يصلح له أصلا كاسقني وبهذا يبطل اكتفاء الشافعي وأحمد بالنية مع القرينة عن ذكر النفس ونحوه ولو قال اختاري فقالت اخترت نفسي لا بل زوجي يقع ولو قدمت زوجي لا يقع والوجه عدم صحة الرجوع في الاول وخروج الامر من يدها في الثاني ولو قالت اخترت نفسي أو زوجي لم يقع ولو عطفت بالواو فالاعتبار للمقدم ويلغو ما بعده ولو خيرها ثم جعل لها الفا على ان تختاره فاختارته لا يقع ولا يجب المال لانه رشوة اذ هو اعتياض عن ترك حق تملك نفسها فهو كالاعتياض عن ترك حق الشفعة (قوله وكذا لو قال اختاري اختيارة الخ) يعني ان ذكر الاختيارة في كلامه تفسير من جانبه كذكر نفسها فلو لم تزد هي على اخترت وقعت بائنة ووجهه بأن الهاء فيها للوحدة واختيارها

(وقوله ولابد من ذكر النفس في كلامه أو كلامها) قال في النهاية هذا ليس بمختص بذكر النفس في حق ارادة الطلاق البائن من التخيير فان البينونة كما تقع عند ذكر النفس في أحد الكلامين فكذلك تقع بذكر ما يقوم مقام النفس في أحد الكلامين كالتطليقة والاختيارة وهو واضح وقوله (حتى لو قال لها اختاري فقالت اخترت فهو باطل) قيل هذا اذا لم يصدقها الزوج بانها اختارت نفسها أما اذا صدقها طلقت وان كان الكلامان مبهمين وقوله (ولا تعيين مع الابهام) يعني ان اختاري من الكنايات يحتمل معنيين فلا بد من التعيين ولا تعيين مع الابهام وقوله (ولو قال اختاري نفسك) ظاهر وقوله (فيتضمن اعادته) أي اعادة كلامه فكأنها قالت اخترت ما أمرتني باختياره وهو النفس وقوله (وكذا لو قال اختاري اختيارة) بيان ما يقوم مقام النفس في التفسير (لان الهاء) أي التاء (في الاختيارة تنبئ عن الاتحاد) لكونها للمرة والاتحاد انما يكون في اختيارها نفسها لانه يتحد مرة بان قال لها اختاري نفسك تطليقة (ويتعدد أخرى) بان قال لها اختاري نفسك بما شئت أو بثلاث (فصار مفسرا من جانبه) بخلاف اختيارها الزوج فانه لا يتعدد لكونه عبارة عن ابقاء النكاح وهو غير متعدد

قال المصنف (لانه عرف بالاجماع) أقول أي لان وقوع الطلاق بلفظ الاختيار قال المصنف (وهو في المفسرة) أقول أي وقوع الطلاق بذلك اللفظ نفسها

وقوله (ولو قال لها اختاري فقالت اخترت نفسي) ظاهر ولم يذكر وقوع كلام المرأة مفسرا بذكرها الاختيارة كما لو قال الزوج اختاري فقالت المرأة اخترت اختيارة والحكم فيهما سواء لان ذكر الاختيارة لما صلح للتفسير صار ذكرها بمنزلة ذكر النفس وكلاهما بالنسبة اليه سواء فكذا بالنسبة الى ذكر الاختيارة (ولو قال اختاري فقالت أنا اختار نفسي فهي طالق والقياس أن لا تطلق لان هذا مجرد وعد) يعني ان أرادت الاستقبال (أو يحتمله) ان لم ترده (فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت أنا أطلق نفسي) فانه لا يقع الطلاق بهذا (وجه الاستحسان حديث عائشة) وهو ما روي انه لما نزل قوله تعالى يا أيها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا بدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم بعائشة فقال اني مخبرك بأمر فلا تعجبيني حتى تستأمري أبويك ثم أخبرها بالآية فقالت أفي هذا أستأمر أبوي لا بل اختار الله ورسوله والدار الآخرة واعتبره رسول الله صلى الله عليه وسلم جوابا منها وان كان على صيغة المضارع المحتمل للوعد (ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال) والحقيقة على أن تكون مرادة (كما في كلمة الشهادة) فان الرجل اذا قال أشهد أن لا اله الا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله يعتبر ذلك منه ايمانا لا وعدا بالايمان وكذا الشاهد اذا قال أشهد بكذا فلا يصار الى المجاز

(ولو قال اختاري فقالت قد اخترت نفسي يقع الطلاق اذا نوى الزوج) لان كلامهما مفسر وما نواه الزوج من محتملات كلامه (ولو قال اختاري فقالت أنا أختار نفسي فهي طالق) والقياس أن لا تطلق لان هذا مجرد وعد أو يحتمله فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت أنا أطلق نفسي وجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله عنها فانها قالت لا بل أختار الله ورسوله اعتبره النبي صلى الله عليه وسلم جوابا منها ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال كما في كلمة الشهادة وأداء الشاهد الشهادة

نفسها هو الذي يتحد مرة بأن قال لها اختاري فقالت اخترت نفسي فانه انما يقع به واحدة و يتعدد أخرى بأن قال لها اختاري اختاري اختاري أو اختاري نفسك بثلاث تطليقات أو بما شئت فقالت اخترت يقع الثلاث فلما قيد بالوحدة ظهر انه أراد تخييرها في الطلاق فكان مفسرا فالزام التناقض بأنه أثبت هنا امكان تعدد الواقع ولو ثلاثا ونفاه فيما تقدم بقوله لان الاختيار لا يتنوع مندفع لانه لم يلزم مما ذكرنا كون الاختيار نفسه يتنوع كالبينونة الى غليظة وخفيفة حتى يصاب كل نوع منه بالنية من غير زيادة لفظ آخر فان قيل اجماع الصحابة على المفسر بذكر النفس فينبغي ان لا يجوز بقولها اخترت اختيارة أو أهلي ونحوه فان هذه لم يجمع عليها قلنا عرف من اجماع الصحابة اعتبار مفسر لفظا من جانب فيقتصر عليه فينتفي غير المفسر وأما خصوص لفظ المفسر فمعلوم الالغاء واعتبار المفسر أعم منه حتى بقرينة غير لفظية توجب ما ذكرنا من الوقوع بلا لفظ صالح ولو اختارت زوجها لا يقع شيء وعن علي تقع رجعية كأنه جعل نفس اللفظ ايقاعا لكن قول عائشة رضي الله عنها خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه ولم يعدده علينا شيأ رواه الستة وفي لفظ في الصحيحين فلم يعدد يفيد عدم وقوع شيء (قوله فقالت أنا أختار نفسي) المقصود انها ذكرت بلفظ المضارع كأختار نفسي سواء ذكرت أنا أولا ففي القياس لا يقع لانه وعد كما لو قال طلقي نفسك فقالت أنا أطلق نفسي حيث لا تطلق وكذا لو قال لعبده أعتق رقبتك فقال أنا أعتق لا يعتق وجه الاستحسان حديث عائشة في الصحيحين عنها قالت لما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بتخيير أزواجه بدأ بي فقال إني ذاكر لك أمرا ولا عليك ان لا تعجلي حتى تستأمري أبويك وقد علم ان أبوي لم يكونا يأمراني بفراقه ثم قال ان الله تعالى قال لي يا أيها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها الى قوله أجرا عظيما فقلت في هذا أستأمر أبوي فاني أريد الله ورسوله والدار الآخرة ثم فعل أزواج النبي صلى الله عليه وسلم مثل الذي فعلت وفي لفظ مسلم بل اختار الله ورسوله واعتبره صلى الله عليه وسلم جوابا لا يقال قد ذكرت ان التخيير الذي كان منه صلى الله عليه وسلم ليس هذا المتكلم فيه بل انهن لو اخترن أنفسهن يطلقهن لان المقصود بالاستدلال به اعتداده صلى الله عليه وسلم جوابا يفيد قيام معناه في الحال وقول المصنف (ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال) هو أحد المذاهب وقيل بالقلب وقيل مشترك بينهما وعلى اعتبار جعله للحال خاصا أو مشتركا فالقطع بجعله هنا ارادة أحد مفهوميه أعني الحال بقرينة كونه

(قوله يعني ان أرادت الاستقبال أو يحتمله ان لم ترده) أقول فيه تأمل فانه إذا لم يرد الاستقبال كيف يحتمل الوعد ولعل الاولى أن يقال مجرد وعد ان وضعت للاستقبال فقط على ما ذهب اليه بعضهم أو يحتمله ان كانت مشتركة قوله (بدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم بعائشة رضي الله عنها الى آخر الحديث) أقول فيه بحث لعدم وجهه ولك أن تقول لا تمس الحاجة في تصحيح التعليل الى جعل ما وقع في الحديث التخيير الذي فيه الكلام قال المصنف (ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال) أقول أراد الحقيقة بحسب الوضع العرفي الطارئ على ما قالوا في اسمي الفاعل والمفعول فلا يخالف لما قاله النحويون من أنها مشتركة بين الحال والاستقبال فان ذلك بحسب الوضع الاصلي

(بخلاف قولها أنا أطلق نفسي لان الحمل على الحقيقة متعذر) إذ ليس ثمة حالة قائمة بالمتكلم يقع قوله أطلق نفسي حكاية عنه من حيث
ان الايقاع باللسان دون القلب ولم يصح فعل اللسان حكاية عن فعل قائم باللسان على سبيل الحال لانه معدوم بعد والحكاية تقتضي
وجود المحكي عنه (ولا كذلك أختار نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها) لان الاختيار من عمل القلب فيكون الذكر
باللسان حكاية عن أمر قائم لامحالة واعترض الشارحون على قوله حقيقة في الحال بان النحويين اتفقوا على أن صيغة المضارع مشتركة
بين الحال والاستقبال وهم أعرف بالموضوعات وأجاب صاحب النهاية وتابعه غيره بان أحد معنيي المشترك يترجح بدلالة تدل على ذلك
المعنى وقد وجد ههنا دلالة ارادة الحال به اذ العادة العرفية والشرعية تدلان على أن مثل هذه الصيغة للحال يقول الرجل فلان يختار
كذا وأنا أملك كذا في العادة وفي الشريعة كما ذكرنا من كلمة الشهادة وأداء الشهادة وهذا كما ترى ليس بدافع للسؤال وليس له اتصال بهذا
المحل (وأقول) بحث الحقيقة والمجاز ليس بوظيفة النحوي فلا معتبر بكلامهم فيه وانما هو وظيفة الاصول أو وظيفة البيان وأهل البيان
لم يتعرضوا الذكره فيما وصل الينا من كتبهم وأهل الاصول نقلوا فيه الخلاف فمنهم من قال مثل ما قال به المصنف ومنهم من قال بالعكس
ومنهم من قال بالاشتراك والاول مختار الفقهاء والمصنف منهم لامحالة والقول بالاشتراك مرجوح لان اللفظ اذا دار بين الاشتراك
والمجاز فالحمل على المجاز أولى لان الاشتراك مخل بالفهم على ما عرف قال (ولو قال لها اختاري اختاري اختاري
فقالت قد اخترت الاولى أو الوسطى أو الاخيرة طلقت ثلاثا عند أبي حنيفة ولا يحتاج الى نية الزوج ولا الى ذكر النفس وعندهما تطلق واحدة وانما لا يحتاج الى النية) وان كانت من الكنايات (لدلالة التكرار عليه

بخلاف قولها أطلق نفسي لانه تعذر حمله على الحال لانه ليس بحكاية عن حالة قائمة ولا كذلك قولها أنا أختار نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فقالت قد اخترت الاولى أو الوسطى أو الاخيرة طلقت ثلاثا في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه ولا يحتاج الى نية الزوج (وقالا تطلق واحدة) وانما لا يحتاج الى نية الزوج لدلالة التكرار عليه

اخبارا عن أمر قائم في الحال وذلك يمكن في الاختيار لان محله القلب فيصح الاخبار باللسان عما هو قائم بمحل آخر حال الاخبار كما في الشهادة وكلمة الشهادة بخلاف قولها أطلق نفسي لا يمكن جعله اخبارا عن أمر قائم لانه انما يقوم باللسان فلو جاز قام به الامران في زمن واحد وهو محال وهذا بناء على ان الايقاع لا يكون بنفس أطلق لانه لا تعارف فيه وقدمنا انه لو تعورف جاز ومقتضاه أن يقع به هنا ان تعورف لانه انشاء لا اخبار (قوله ولا يحتاج الى نية الزوج) ولا الى ذكر نفسها ذكره في الدراية لان في لفظه ما يدل على ارادة الطلاق وهو التعدد وهو انما يتعلق بالطلاق لا باختيار الزوج وهذا يفيد عدم الاحتياج اليها في القضاء حتى لو قال لم أنو لم يلتفت اليه ويفرق بينهما الا عدم الاحتياج اليها في الوقوع فيما بينه وبين الله تعالى حتى يصير كالصريح ويدل على هذا رواية الزيادات باشتراط النية وان كرر وما في الجامع قال اختاري اختاري اختاري بألف ينوي الطلاق فاشترط النية مع المال والتكرار فضلا عن أحدهما وهذا لما عرف أن الاحوال شروط لكن في شرح الزيادات لقاضيخان

قال المصنف (لانه ليس حكاية عن حالة قائمة الخ) أقول فان قيل لو صح ذلك لزم أن لا يكون أشهد في كلمة الشهادة وأداء الشاهد مرادا به الحال اذ لا يمكن أن
يكون حكاية عن حالة قائمة فان الشهادة خبر يكون على مواطأة قلب قلنا هو حكاية عما في حيز أشهد لو
من قولنا لا اله الا الله مع الاعتقاد لمضمونه وذلك القول وان كان موجودا بعد أشهد الا أن الاعتقاد القلبي وهو العمدة لما وجد حين التلفظ
بلفظ أشهد وجزؤه الآخر يوجد عقيبه بلا فصل عد حالا على ما ذكر في أثناء التكلم على حديث المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا فراجعه (قوله
ولم يصح فعل اللسان حكاية عن فعل قائم باللسان على سبيل الحال لانه معدوم بعد والحكاية تقتضي وجود المحكي عنه) أقول الاولى أن
يعلل بعدم التغاير ولزوم مغايرة الحكاية المحكي وأما ما ذكره فلو صح يلزم أن لا تصح الحكاية عن الحالة المستقبلة فتأمل ويمكن أن يأول
تعليله بما قلنا ومراده أن الحكاية على أي وجه كانت تقتضي وجود المحكي على ذلك الوجه ان حالا فحالا وان استقبالا فاستقبالا
(قوله وهذا كما ترى ليس بدافع الخ) أقول لا يخفى ان جواب صاحب النهاية جواب بتغيير الدليل ومثله الكتب مشحونة بل لنا أن نقول
قول المصنف ولان هذه الصيغة الخ اشارة الى منع المقدمة القائلة في وجه القياس ان هذا مجرد وعد الخ مع السند فجواب صاحب النهاية
حاصله ان ما ذكر كلام على السند الاخص فان تقريره يتكفل ببيان أخصية السند كما لا يخفى على المتأمل (قوله وأقول بحث الحقيقة
والمجاز ليس بوظيفة النحوي فلا معتبر بكلامهم فيه) أقول فيه بحث فان المنقول من النحويين اشتراك الصيغة ولا شك انه بحث لغوي
وهم من أئمة اللغة يعتمد عليهم في نقلها لا كونها حقيقة ومجازا فليتأمل

اذا الاختيار فى حق الطلاق هو الذى يتكرر فكان متعينا فلا يحتاج الى ذكر النفس لزوال الابهام فالا الاولى والوسطى والاخيرة كل منها اسم لفرد مرتب وليس المحل محل ترتيب فيلغو الترتيب ويبقى الافراد وكأنها قالت اخترت التطليقة الاولى لان معنى قولها اخترت الاولى اخترت ماصار الى بالكلمة الاولى والذى صار اليها بالكلمة الاولى تطليقة فكأنها صرحت بذلك وفى ذلك يقع واحدة فكذا ههنا ولابى حنيفة ان هذا وصف لغو لان المجتمع فى الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع فى المكان فان القوم اذا اجتمعوا فى مكان لا يقال هذا أول وهذا آخر وانما الترتيب فى فعل الاعيان يقال هذا جاء أولا وهذا جاء آخرا وكل مالا ترتيب فيه يلغو فيه (١٠٥) الكلام الذى هو للترتيب وهو الاولى

اذا الاختيار فى حق الطلاق هو الذى يتكرر لهما ان ذكر الاولى وما يجرى مجراها ان كان لا يفيد من حيث الترتيب يفيد من حيث الافراد فيعتبر فيما يفيد وله ان هذا وصف لغو لان المجتمع فى الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع فى المكان والكلام للترتيب والافراد من ضروراته فاذا لغا فى حق الاصل لغا فى حق البناء (ولو قالت اخترت اختيارة فهى ثلاث فى قولهم جميعا) لانها للمرة فصار كما اذا صرحت بها ولان الاختيارة للتأكيد وبدون التأكيد تقع الثلاث فمع التأكيد أولى (ولو قالت قد طلقت نفسى أو اخترت نفسى بتطليقة

لو كرر فقال أمرك بيدك أمرك بيدك أو فأمرك بيدك أو وأمرك بيدك بالفاء أو بالواو فقالت اخترت نفسى وقال الزوج لم أنو الطلاق كان القول قوله لان التكرار لا يزيل الابهام وكذا لو كرر الاختيار انتهى وهو الوجه وتحقق فى المسئلة خلاف بين المشايخ وما ذكره المصنف ذكره الصدر الشهيد والعتابى وغيرهما وشرط أبو معين النسفى النية مع التكرار كقاضيخان ومنهم من استشهد بما استشهدنا به فى لزوم النية فيما بينه وبين الله تعالى من المنقول على لزوم النية مطلقا ولو فى القضاء ولا يخفى بعده فى مسئلة الجامع الكبير لان ذكر المال ظاهر فى ارادة الطلاق فكيف يصدقه القاضى اذا أنكر ارادة الطلاق وأما ما فى الزيادات من اشتراطها فيحمل على ما فى نفس الامر أى يشترط للوقوع ثبوت النية فى نفس الامر لان الاصل ان اثبات أجوبة المسائل من قولنا يقع لا يقع يجب لا يجب انما هو بالنسبة الى نفس الامر وليس كل ما يشترط فى نفس الامر يشترط للقضاء غير انا مع ذلك اخترنا ما ذكره القاضى من انه لو أنكر الطلاق بقوله لم أنوه فالقول قوله لانتهاض الوجه به لان تكرار أمره بالاختيار لا يصيره ظاهرا فى الطلاق لجواز أن يريد اختارى فى المال واختارى فى المسكن ونحوه وهو كاعتدى اعتدى اعتدى حيث يصدقه فى انكار نية الطلاق لامكان ارادة اعتدى نعم الله ومعاصيك ونعمى وما فى البدائع لو قال اختارى اختارى اختارى فاختارت نفسها فقال نويت بالاولى طلاقا وبالباقيتين التأكيد لم يصدق لانه لما نوى بالاولى الطلاق كان الحال حال مذاكرة الطلاق فكان الباقى طلاقا ظاهرا ومثله فى المحيط ظاهر وقال فى الكافى فى مسئلة الكتاب قيل لا بد من ذكر النفس وانما حذف لشهرته لان غرض محمد رحمه الله التفريع دون بيان صحة الجواب وعلى هذا فينبغى ان حذف النية فى الجامع الصغير كذلك (قوله ان ذكر الاولى وما يجرى مجراها ان كان لا يفيد من حيث الترتيب) يعنى هو فى نفسه يفيد الفردية والنسبة المخصوصة فان بطل الثانى فى خصوص هذا المحل لاستحالته فى المجتمع فى الملك أعنى الثلاث التى ملكتها بقوله اختارى ثلاث مرات اذ حقيقة الترتيب فى أفعال الاعيان كما يقال صام حج لم يجز ابطال الآخر فيجب اعتباره (قوله والكلام للترتيب) ذكر فى المبسوط لابى حنيفة وجهين أحدهما ان الاولى نعت لمؤنث فاستدعى مذكورا يوصف به والمذكور ثمنا الاختيارة فكأنها قالت اخترت الاختيارة أو المرة الاولى ولو قالت ذلك طلقت ثلاثا والآخر انها أتت بالترتيب

وأختها واذا لغا اللفظ من حيث الترتيب يلغو من حيث الافراد أيضا لان الترتيب فيه أصلى بدلالة الاشتقاق والافراد من ضروراته واذا لغا فى حق الاصل لغا فى حق البناء واذا لغا فى حقهما بقى قولها اخترت وهو يصلح جوابا للكل فيقع الثلاث وفيه نظر من وجهين أحدهما انه أطلق الكلام على الاولى أو الوسطى أو الاخيرة وكل منها مفرد فلا يكون كلاما والثانى ان الاولى اسم لفرد سابق فكان الافراد أصلا والترتيب بناء لكونه يفهم من وصفه والجواب عن الاول ان أهل اللغة ربما يطلقون الكلام على المركب من الحروف المسموعة المتميزة وان لم يكن مفيدا وهذا على ذلك الاصطلاح ويجوز أن يكون مجازا من باب ذكر الكل وارادة الجزء وعن الثانى بان كلا من ذلك صفة والصفة ما دلت على ذات باعتبار معنى هو المقصود فيكون الاولى دالا على الفرد السابق ومعنى السبق هو المقصود فصح ان الترتيب أصل والافراد من ضروراته لان الصفة لا تقوم الا بالذات

التى لزمتها الفردية فى الوجود وهذا كما ترى معنى دقيق جزاه الله عن المحصلين خيرا (ولو قالت اخترت اختيارة فهى ثلاث فى قولهم جميعا) وهو واضح (ولو قالت قد طلقت نفسى أو اخترت نفسى بتطليقة) يعنى فى جواب من قال اختارى

(قوله فالا الاولى والوسطى والاخيرة كل منها اسم لفرد مرتب وليس المحل محل ترتيب فيلغو الترتيب الى قوله وهذا كما ترى معنى دقيق جزاه الله عن المحصلين خيرا) أقول آخر هذا الكلام يدل على صحة الترتيب وفى أوله اعتراف بعدم صحته فليتأمل فانه لا يوافق المشروح أيضا ولا يدفعه ما ذكر فى معرض الجواب عن أبى حنيفة رحمه الله قال المصنف (والكلام للترتيب) أقول اشارة الى الجواب عن قولهما قال المصنف (ولان الاختيارة للتأكيد) أقول فيه تأمل

(فهي واحدة يملك الرجعة لان هذا اللفظ) يعني قولها قد طلقت نفسي أو اخترت بتطليقة (يوجب الانطلاق) أي البينونة بعد انقضاء العدة لكونه من ألفاظ الصريح وما يوجب البينونة بعد انقضاء العدة كان عند الوقوع رجعيا فهذا اللفظ يوجب الرجعي فان قيل اذن لا يكون الجواب مطابقا للتفويض لان المفوض اليها الاختيار وهو يفيد البينونة أشار الى الجواب بقوله (فكأنها اختارت نفسها بعد العدة) فكان مطابقا من حيث ان الاختيار قد وجد منها قال الشارحون وقوله يملك الرجعة غلط وقع من

فهي واحدة يملك الرجعة) لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكأنها اختارت نفسها بعد العدة (وان قال لها أمرك بيدك في تطليقة أو اختاري تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة) لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة بالنص

لا فيما يليق وصفه به فيلغو ويبقى قولها اخترت فيكون جوابا للكل وهذا تم الاشارة اليه بقوله ان هذا وصف لغو الى قوله في المكان فقوله والكلام للترتيب ابتداء وجه يتضمن جواب قولهما ان كان لا يفيد الترتيب الخ لا يطابق الوجه الاول والمراد بالكلام لفظ الاولى فان كثيرا من الاصوليين يطلقه على المفرد وبعضهم بنسبه الى كلهم ثم يرد عليه منع ان الافراد من ضرورة الترتيب الذي هو معنى الاولى بل كل منهما مدلوله ليس أحدهما تبعا للآخر حتى اذا الغا في حق الاصل لغا في حق البناء وهو الافراد واذا الغا بقي قولها اخترت وهو يصلح جوابا للكل فيقع ولذا اختار الطحاوي قولهما والجواب بعد تسليم ان الفردية مدلول تضمني فقد يكون أحد جزئي المدلول المطابقي هو المقصود والآخر تبعا كما هو المراد ههنا من قوله والافراد من ضروراته فينتفي التبع بانتفاء المقصود والوصف كذلك لانه وضع لذات باعتبار معنى هو المقصود فلم يلاحظ الفرد فيه حقيقيا أو اعتباريا كالطائفة الاولى والجماعة الاولى الا من حيث هو متصف بتلك النسبة فاذا بطلت بطل الكلام وقد ضعف بعضهم تعليل أبي حنيفة رحمه الله بأن الترتيب ثابت في اللفظ وان لم يكن ثابتا في المعنى فصدق وصفها بالاولى والوسطى الى آخره باعتبار ان قوله اختاري اختاري جملة بعد جملة والحاصل من هذا اخترت لفظتك الاولى أو كلمتك الاولى ولا معنى له أصلا بعد فرض اهدار وصف الطلاق به وأبعد من هذا من رام الدفع عنه بأن المعنى اخترت الايقاع بكلمتك الاولى لان الايقاع لا يكون بكلمته فقط بل بكلمتها مريدة بها الطلاق ولو قال لها اختاري ثلاثا فقالت اخترت اختيارة أو الاختيارة أو مرة أو بمرة أو دفعة أو بدفعة أو بواحدة أو اختيارة واحدة تقع الثلاث اتفاقا لانه جواب الكل حتى لو كان بمال لزم كله (قوله فهي واحدة يملك الرجعة) وهو سهو بل بائن نص عليه محمد في الزيادات وفي الجامع الكبير والمبسوط والاوضح وشروح الجامع الصغير وجوامع الفقه وعامة الجوامع سوى جامع صدر الاسلام فان فيه ما في الهداية وجه الصحيح ان الواقع بالتخيير بائن لان التخيير تمليك النفس منها وليس في الرجعي ملكها نفسها وايقاعها وان كان بلفظ الصريح لكن انما يثبت به الوقوع على الوجه الذي فوض به اليها والصريح لا ينافي البينونة كما في تسمية المال فيقع به لانها لا تملك الا ما ملكت ألا ترى أنه لو أمرها بالبائن فأوقعت الرجعي أو بالعكس وقع ما أمرها به لا ما أوقعته فان قيل ما الفرق بين اخترت وطلقت حيث يصلح طلقت جوابا لاختاري حتى تقع به البائنة واخترت لا يصلح جواب طلقي نفسك حتى لا يقع به شيء الا عند زفر وسنذكر جوابه في فصل الامر باليد (قوله لكن بتطليقة) قيل عليه لو كان كذلك لكان هذا كقوله طلقي نفسك وقد ذكرنا انه لا يقع باخترت جوابا لطلقي نفسك أجيب بأن

الكاتب لان المرأة انما تتصرف بحكم التفويض والتفويض بتطليقة بائنة لكونه من الكنايات فيملك الابانة لا غير والاصح من الرواية فهي واحدة ولا يملك الرجعة لان روايات المبسوط والجامع الكبير والزيادات وعامة نسخ الجامع الصغير هكذا سوى الجامع الصغير لصدر الاسلام فانه ذكر فيه مثل ما ذكر في الكتاب والدليل أيضا يساعد ما ذكر في عامة النسخ فانه ذكر في الجامع الصغير لقاضيخان أما وقوع الواحدة فلما قلنا وهو ان التطليقة لا تتناول أكثر من الواحدة وانما تكون بائنا لان العامل تخيير الزوج والواقع بالتخيير بائن لانه تمليك النفس منها والرجعي لا يثبت ملك النفس (وان قال لها أمرك بيدك في تطليقة أو اختاري بتطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي تعقب الرجعة) قيل فعلى هذا كان قوله هذا في التقدير بمنزلة قوله طلقي نفسك وقولها اخترت

لا يصلح جوابا لقوله طلقي نفسك بل يلغو والجواب ان قولها اخترت انما لا يصلح جوابا لقوله طلقي لكونه أضعف من الطلاق فان آخر الزوج يملك الايقاع بلفظ الطلاق دون لفظ الاختيار ولهذا صح بالعكس لكون الطلاق أقوى وههنا لم يكن أضعف لان صحة هذا الجواب بالنظر الى ظاهر كلامه وهو الامر باليد والاختيار دون ما يؤول اليه من المعنى وهما ضعيفان كالاختيار فجاز أن يقع قولها اخترت جوابا له

(قوله قال الشارحون قوله يملك الرجعة غلط وقع من الكاتب) أقول كيف يكون غلطا من الكاتب وقد علل بما علل به والجواب أن مرادهم ما وقع في بعض نسخ الجامع الصغير ولم يذكر فيه تعليل

﴿ فصل في الامر باليد ﴾ أخر فصل الامر باليد عن فصل الاختيار لان ذلك مؤيد باجماع الصحابة رضي الله عنهم اذا جعل الرجل أمر امرأته بيدها فالحكم فيه كالحكم في التخيير في المسائل قال في النهاية الا أن هذا صحيح قياسا واستحسانا لان الزوج يملك الامر فانما يملكها بهذا اللفظ ما هو مملوك له فيصح منه ويلزم حتى لا يملك الرجوع عنه اعتبارا بايقاع الطلاق وفيه نظر لانه ذكر في الاختيار انه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ حتى لو قال اخترتك من نفسي أو اخترت نفسي منك لا يقع شيء وفي الامر باليد كذلك فينبغي أن لا يصح قياسا كما في الاختيار الا اذا ثبت انه اذا قال أمري منك بيدك أو أمرك مني بيدي وقع الطلاق فيندفع (واذا قال لامرأته أمرك بيدك ينوي بذلك الثلاث فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلاث) وبيانه يحتاج الى اثبات صحة جواب الامر باليد بالاختيار والى كيفية الدلالة على الثلاثة أما الاول فقد بينه

﴿ فصل ﴾ في الامر باليد (وان قال لها أمرك بيدك ينوي ثلاثا فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلاث) لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد

آخر كلامه لما فسر الاول كان العامل هو المفسر وهو الامر باليد والتخيير وقولها اخترت يصلح جوابا له ﴿ فروع ﴾ قال أنت طالق ان شئت واختاري فقالت شئت واخترت يقع ثنتان بالمشيئة والاختيار ولو قال اختاري اختاري اختاري بألف فقالت اخترت جميع ذلك وقعت الاوليان بلا شيء والثالثة بألف لانها المقرونة بالبدل كما في الاستثناء والشروط وكذا لو قالت اخترت نفسي اختيارة أو واحدة أو بواحدة ولو قالت اخترت الاولى أو الوسطى أو الاخيرة تطلق ثلاثا بألف على قول أبي حنيفة وعلى قولهما وقعت واحدة بغير شيء ان قالت اخترت الاولى أو الوسطى) وبألف ان قالت اخترت الاخيرة ولو قالت طلقت نفسي بواحدة أو اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لان التطليقة اسم للواحدة فلا يكون جوابا عن الكل بل البعض وبعد ذلك تسأل المرأة عن ذلك فان قالت عنيت الاولى أو الثانية وقعتا بلا شيء أو الثالثة بانت بألف ولو قال اختاري واختاري واختاري بالعطف بألف فالالف مقابل بالثلاث للعطف فلو قالت اخترت نفسي بتطليقة لم يقع شيء لان الواحدة لو وقعت وقعت بثلث البدل ولم يرضه ولو قالت اخترت الاولى أو الثانية أو الثالثة وقعت ثلاث بألف عنده وعندهما لا يقع لانه لو وقع وقع بثلث الالف ولو قال لها اختاري من ثلاث تطليقات ما شئت فلها اختيار واحدة أو ثنتين عند أبي حنيفة لا غير لان من للتبعيض وعندهما تملك ان تطلق نفسها ثلاثا لانها للبيان وهي معروفة

﴿ فصل في الامر باليد ﴾ قدم التخيير لتأيده باجماع الصحابة والامر باليد كالتخيير في جميع مسائله من اشتراط ذكر النفس أو ما يقوم مقامه ومن عدم ملك الزوج الرجوع وغير ذلك مما قدمناه سوى نية الثلاث فانها تصح ههنا لا في التخيير واعلم ان التفويض بلفظ أمرك بيدك لا يعلم فيه خلاف وصحته قياس واستحسان وكذا صحة التفويض بلفظ اختاري نفسك لانه يملك تطليقها فله ان يملكه بكل لفظ يفهم التفويض منه ولفظ اختاري نفسك يفيده فعلى هذا انما يتجه تقديم التفويض بلفظ اختاري لتأيده باجماع الصحابة رضي الله عنهم نصا بخلافه بلفظ الامر باليد فانه وان لم يعلم فيه خلاف أحد لم يقع به ذلك النقل صريحا وانما افترق البابان في القياس والاستحسان في الايقاع بلفظ الاختيار فان ايقاعها به انما يجوز استحسانا باجماع الصحابة لا قياسا لان الزوج لا يملك الايقاع به فلا يملك به المملك إذ لا يكون ما في ملكه أوسع مما في ملك مملكه وهذا يتساوى فيه البابان فان ايقاعها بلفظ اخترت نفسي يصح في جواب أمرك بيدك كما يصح في اختاري وأما الايقاع بلفظ أمري بيدي ونحوه فلا يصح قياسا ولا استحسانا فلا تحم حول الحمى وتترك النزول مخافة (قوله وان قال لها أمرك بيدك ينوي ثلاثا) أي ينوي التفويض في ثلاث (فقالت اخترت نفسي بواحدة فهي ثلاث لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد) وهنا مقامان الوقوع وكونه ثلاثا والوقوع مبني على صحته جوابا فأفاده بقوله لكونه أي الامر باليد تمليكا كالتخيير فجوابه جوابه وهو منقوض بطلقي نفسك فانه تمليك كالتخيير ولا يصلح اخترت نفسي جوابا له حتى لا يقع به شيء الا عند زفر رحمه الله وجواب شمس الائمة بان الاختيار

﴿ فصل في الامر باليد ﴾ (قوله كالحكم في التخيير في المسائل) أقول يعني من اشتراط ذكر النفس أو ما يقوم مقامه ومن عدم ملك الزوج الرجوع وغير ذلك مما تقدم سوى نية الثلاث وما اذا قالت اخترت نفسي بتطليقة في جواب الامر باليد على ما ذكره المصنف (قوله الا اذا ثبت انه اذا قال أمري منك بيدك أو أمرك مني بيدي وقع الطلاق فيندفع) أقول فيه بحث فانه اذا ثبت ما ذكره لا يفيد أيضا اذ مخالفة القياس في التخيير من حيث ان المرأة تطلق بقولها اخترت نفسي في جواب التخيير ولا يملك الزوج تطليقة بذلك اللفظ فيكون ما في ملكها أوسع مما في ملك مملكها وذلك كذلك هنا اذ تطليقها نفسها يكون هنا أيضا بلفظ الاختيار ولو قالت في الجواب أمري بيدي لا تطلق فليتأمل

بقوله لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير فكانا متساويين في القوة والضعف فجاز أن يقع جوابا له وأما كيفية الدلالة على الثلاثة فلان الواحدة صفة الاختيارة (فصارت كأنها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة) أي باختيارة واحدة بدليل ما بعده وهو قوله وهي في الاولى الاختيارة وانما عبر عنها بمرة لان الصيغة الدالة على المرة من الاختيار هي الاختيارة فعبر عنها بمفهومها وبذلك أي بقولها اخترت نفسي بمرة واحدة يقع الثلاث لان معناه اخترت جميع ما فوضت الى اختيارة واحدة وحين نوى الزوج الثلاث فقد فوض اليها ذلك (ولو قالت) يعني في جواب قوله لها أمرك بيدك (قد طلقت نفسي واحدة أو اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لان الواحدة نعت لمصدر محذوف) فوجب اثباته على حسب ما يدل عليه المذكور السابق وهو في الاولى الاختيارة لدلالة اخترت عليها وفي الثانية التطليقة لدلالة (١٠٨) طلقت عليها ولا يتوهم التكرار في قوله وهي في الاولى الاختيارة مع تقدم قوله والواحدة صفة للاختيارة لانه اعادة لبيان قرينة المحذوف وكأنه قال وهو في الاولى الاختيارة لدلالة اخترت عليها فتكون في الثانية التطليقة لدلالة طلقت عليها الا أنها تكون بائنة لان أمرك بيدك من الفاظ الكناية والواقع بها بائن فيما سوى الثلاثة المذكورة فكان التفويض في البائن ضرورة انه ملكها أمرها فقوله في البائن خبر ان وتقريره التفويض حصل في البائن لضرورة انه ملكها أمرها وان تمليكه اياها أمرها يقتضي البينونة لكون الامر باليد من ألفاظ الكناية وكلاهما خارج جوابا له فتصير الصفة المذكورة يعني البينونة في التفويض مذكورة في ايقاع المرأة كلامها مطابقا لكلامه فان قيل ما الفرق بين قولها اخترت نفسي بتطليقة

لكونه تمليكا كالتخيير والواحدة صفة للاختيارة فصار كأنها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلاث (ولو قالت قد طلقت نفسي بواحدة أو اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة) لان الواحدة نعت لمصدر محذوف وهو في الاولى الاختيارة وفي الثانية التطليقة الا أنها تكون بائنة لان التفويض في البائن ضرورة ملكها أمرها وكلاهما خارج جوابا له فتصير الصفة المذكورة في التفويض مذكورة في الايقاع

أضعف من لفظ الطلاق ولذا لو قالت طلقت نفسي فأجازه مبتدأ جاز ولو قالت اخترت نفسي لا يتوقف ولا يقع وان أجازه ولا علك هو الايقاع به فصلح الاقوى جوابا للاضعف دون العكس لا يدفع الوارد على المصنف ثم كون الاقوى يصلح جوابا للاضعف بلا عكس يحتاج الى التوجيه ويمكن كونه لان الجواب هو العامل والتفويض شرط عمله فلا يكون دونه بل فائقا أو مساويا وفرق قاضيخان في شرح الزيادات بان قولها اخترت مبهم وقوله طلق نفسك مفسر والمبهم لا يصلح جوابا للمفسر وهو مشكل على ما تقدم من تقرير الاكتفاء بالتفسير في أحد الجانبين ثم أفاد الثاني بقوله (والواحدة) أي التي نطقت بها (صفة الاختيارة فصار كأنها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلاث) وكان الظاهر ان يقول باختيارة واحدة لانه جعلها وصفا لها لكنه قصد التنبيه على ان موجب وقوع الثلاث لو صرحت بقولها اختيارة واحدة كون المراد مرة واحدة فان الاختيارة ليست الا المرة من الاختيار واذا كان اختيارها مرة واحدة انتفى الاختيار بعده وكونها بحيث لا يتصور لها اختيار آخر هو بأن يقع الثلاث ويقال في العرف تركته مرة واحدة وكرهته مرة واحدة وأعرضت عنه مرة واحدة وما لا يحصى من هذا لا يراد به الا بلوغ ما قيد به من الترك مثلا والكراهة والاعراض منتهاه وأورد بعضهم انه ينبغي ان يقع به طلقة واحدة لان واحدة يحتمل كونها صفة طلقة ولما جعل أمرها بيدها في التطليق فقولها اخترت نفسي بواحدة يحتمل كلا من كون ارادة الموصوف طلقة أو اختيارة فاذا نوى ثلاثا أو لم تكن لها نية تقع واحدة والجواب ان الاحتمالين لم يتساويا فان خصوص العامل اللفظي قرينة خصوص المقدر وهو هنا لفظ اخترت في قولها اخترت نفسي بواحدة بخلاف ما اذا أجابت بطلقت نفسي بواحدة حيث تقدر الطلقة وهو بخصوص العامل أيضا وبهذا وقع الفرق بين جوابها

في جواب اختاري وبين قولها ذلك في جواب أمرك بيدك عند المصنف حتى كان الواقع في الاول رجعيا كما تقدم وفي الثاني بطلقت بائنا كما ذكره وهل هذا الا دليل على أن ما تقدم كان سهوا من الكاتب كما ذكره الشارحون فالجواب ان الاختيار القياس فيه أن لا يقع به الطلاق وان نوى الزوج الا أنا استحسناه لاجماع الصحابة والاجماع انما هو في مجرد الطلاق لا في البائن فليس فيه ما يمنع صريح الطلاق

(قوله لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير فكانا متساويين في القوة والضعف) أقول فيه ان التخيير مؤيد بالاجماع فيكون أقوى (قوله أي باختيارة واحدة بدليل ما بعده) أقول تعليل لتفسيره (قوله لانه اعادة لبيان قرينة المحذوف الخ) أقول فيه تأمل الا أن يقال يفهم ذلك من التفصيل والمقابلة (قوله لكون الامر باليد الخ) أقول محل بحث والاصوب أن يقول والام تملك أمرها (قوله والاجماع انما هو في مجرد الطلاق لا في البائن فليس فيه ما يمنع صريح الطلاق) أقول فيه بحث ألا يرى الى ما قاله المصنف من ان الواقع بها بائن لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها

(ولو قال أمرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل فى ذلك فان ردت الامر فى يومها لا يبقى الامر فى يدها فى غد) لان هذا أمر واحد لانه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لا ينقطع فصار كما اذا قال أمرك بيدك فى يومين وعن أبى حنيفة رحمه الله انها اذا ردت الامر فى اليوم لها أن تختار نفسها غدا لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع وجه الظاهر انها اذا اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار فى الغد فكذا اذا اختارت زوجها برد الامر لان المخير بين الشيئين لا يملك الا اختيار أحدهما

وقول المصنف وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لم ينقطع لا اعتبار به تعليلا لدخول الليل فى التمليك المضاف الى اليوم وغد لانه يقتضى دخول الليل فى اليوم المفرد لذلك المعنى أعنى انه قد يهجم الليل ومجلس المشورة لم ينقطع (قوله وعن أبى حنيفة فى مسئلة أمرك بيدك اليوم وغدا انها اذا ردت الامر فى اليوم لها أن تختار نفسها غدا) رواه أبو يوسف عنه ووجهه ان المرأة لا تملك رد ايقاع الزوج لو نجز فكذا لا تملك رد الامر لانه تمليك يثبت حكمه لها من الملك بلا قبول كالايقاع منه وحاصله ان ردها لغو فالحال كما كان فلها أن تختار نفسها فى الغد ومقتضى هذا ان لها أن تختار نفسها فى اليوم الذى ردت فيه أيضا فصار كقيامها عن المجلس بعد ما خيرها فى اليوم وغدا واشتغالها بعمل آخر حيث لا يخرج الامر من يدها وتحقيق وجه الظاهر ان ثبوت هذا الملك مغيا شرعا بأحد الامور من انقضاء مجلس العلم أو الخطاب بلا اختيار شئ أو بفعل ما يدل على الاعراض أو اختيارها زوجها فاذا ردت باختيارها زوجها خرج ملك الايقاع عنها فلا تملك اختيار نفسها بعد ذلك ويضاف توقيت التمليك بهذه الى الاجماع على خلاف القياس مع ان توقيته فى الجملة ثابت شرعا كما فى الاجارة والاوجه تشبيهه بالعارية لوجهين كونه بلا عوض والعارية تمليك المنفعة بلا عوض والثانى ان توقيتها ليس بمدة معينة لان انقضاء المجلس ليس مضبوط الكمية اذ قد يمتد يوما ويوما أو أكثر وكذا اختيارها زوجها وفعل ما يدل على الاعراض بخلاف الاجارة وأما تقريره بأن المخير بين أمرين انما له اختيار أحدهما فكما انها اذا اختارت نفسها ليس لها أن تختار زوجها فتعود الى النكاح كذلك اذا اختارت زوجها ليس لها أن تختار نفسها فلا يفصح عن جواب النكتة التى هى مبنى جواز اختيارها نفسها أعنى ان الملك بعد ثبوته لا يرتد بالرد انما يرتد شطر التمليك وقد قلنا ان هذا التمليك يثبت الملك بلا قبول وقد ظهر من وجه الظاهر حمل الرد المذكور فى رواية أبى يوسف على اختيارها زوجها ولا شك انها لا تتعرض لما به الرد فيمكن حمل ردها على كونه بما يكون بلفظ الرد ونحوه بان تقول عقيب الملك بتخييرها رددت التفويض أو لا أطلق ويكون هذا اعطاء لنفس هذا الحكم ويكون هو مستندا ما فرع فى الذخيرة حيث قال لو جعل أمرها بيدها أو بيد أجنبى يقع لازما فلا يرتد بردها والمسئلة مروية عن أصحابنا وبما ذكرنا تندفع المناقضة الموردة فى الامر باليد حيث صرح فى الرواية انه لا يرتد بالرد وفى الكتاب انه يرتد أعنى فى قوله أمرك بيدك اليوم وغدا وان ردت الامر فى يومها لا يبقى الامر فى يدها فان المراد بردها هنا اختيارها زوجها اليوم وحقيقته انتهاء ملكها وهنالك المراد أن تقول رددت فلم يبق تدافع لكن الشارحون قرروا ثبوت التدافع فى ذلك حيث نقلوا انه لا يرتد ونقلوا انه يرتد بالرد ووفقوا بانه يرتد بالرد عند التفويض وأما بعده فلا يرتد كما اذا أقر بمال لرجل فصدقه ثم رد اقراره لا يصح وحاصله انه كالابراء عن الدين ثبوته لا يتوقف على القبول ويرتد بالرد لما فيه من معنى الاسقاط أو التمليك أما الاسقاط فظاهر وأما التمليك فقال تعالى وان تصدقوا خير لكم سمى الابراء تصدقا ومما وقع فى هذا الباب من المناقضة ما ذكر فى الفصول لو قال لامرأته أمرك بيدك ثم طلقها بائنا خرج الامر من يدها وقال فى موضع آخر لا يخرج وان كان الطلاق بائنا ووفق بان الخروج فيما اذا كان منجزا وعدمه اذا كان معلقا مثل ان قال

(ولو قال أمرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل فى ذلك) وكلامه ظاهر وقوله (لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع) معناه ليس للمرأة أن ترد الامر باليد الذى صدر من زوجها بان تقول لا أقبل كما انه ليس لها أن ترد الايقاع الذى أوقعه زوجها عليها بقوله أنت طالق واذا كان كذلك كان الامر باقيا فى الغد كما كان وكان لها أن تختار نفسها غدا وقوله (وجه الظاهر) ظاهر وكذا

(قوله معناه ليس للمرأة أن ترد الامر باليد الخ) أقول هذا لا يدل على انه ليس لها أن ترد اذا اختارت زوجها والكلام فيه فليتأمل

وعن أبي يوسف رحمه الله انه اذا قال أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غدا انهما أمران لما انه ذكر لكل وقت خبرا بخلاف ماتقدم (وان قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان فلم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها) لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على بياض النهار وقد حققناه من قبل فيتوقت به ثم ينقضي بانقضاء وقته (واذا جعل أمرها بيدها أو خيرها فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها مالم تأخذ في عمل آخر) لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف برأى نفسه وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه)

أكثر ترابز ثم فأمرك بيدك ثم طلقها بائنا أو خالعها ثم تزوجها ثم وجد الشرط يصير الامر بيدها ولو طلقها ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج آخر ثم ضربها لا يصير بيدها ومن المناقضة تصريحهم بصحة اضافته كما في المسئلة الآتية اذا قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان وسيأتي الكلام فيها (قوله وعن أبي يوسف انه اذا قال أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غدا انهما أمران) حتى لو اختارت زوجها اليوم لها أن تطلق نفسها غدا لانه يثبت لها في الغد تخيير جديد بعد ذلك التخيير المنقضي باختيارها الزوج قال السرخسي وهو صحيح لانه لما ذكر لكل وقت خبرا عرف انه لم يرد اشتراك الوقتين في خبر واحد والاصل استقلال كل كلام وذكر قاضيخان هذه ولم يذكر فيها خلافا فلم يبق تخصيص أبي يوسف الا لانه مخرج الفرع المذكور واعلم انه يتفرع على هذا عدم جواز اختيارها نفسها ليلا فلا تغفل عنه لانه أثبت لها في يوم مفرد ولا يدخل الليل والثابت في اليوم الذي يليه بأمر آخر كقوله أمرك بيدك اليوم حيث يمتد الى الغروب فقط بخلاف قوله أمرك بيدك في اليوم انما يتقيد بالمجلس وهو على ماقدمناه من الاصل في أنت طالق غدا وفي غد وفي جامع التمرتاشي أمرك بيدك اليوم غدا بعد غد فهو أمر واحد في ظاهر الرواية لانها أوقات مترادفة فصار كقوله أمرك بيدك أبدا فيرتد بردها مرة وعن أبي حنيفة ثلاثة أمور لانها أوقات حقيقة (قوله واذا قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان صح) ولها أن تطلق نفسها يوم يقدم وهذا أيضا مما يفارق به سائر التمليكات فانها لا تصح اضافتها ولا تعليقها بخلاف هذا لانه انما هو تمليك فعل فلا يقتضي لوازم تمليكات الاعيان كما تقدم وقد يخرج على انه في معنى التعليق فان قيل يخالفه ما في شرح الزيادات لقاضيخان لو قال أمرك بيدك فطلقي نفسك ثلاثا للسنة أو ثلاثا اذا جاء غد فقالت في المجلس اخترت نفسي طلقت ثلاثا للحال ولو قامت عن مجلسها قبل أن تقول شيأ بطل لان قوله فطلقي نفسك ثلاثا تفسير للامر والامر باليد يحتمل الثلاث أما لا يحتمل التعليق والاضافة الى وقت السنة لان الامر باليد يقتضي المالكية والامر على هذا الوجه لا يفيد البينونة في الحال فلا تثبت المالكية ولهذا لو قال أمرك بيدك ونوى السنة أو التعليق لا يصح فاذا ألحقه بما كان تفسيرا يثبت مايحتمله وهو الثلاث ولا يثبت مالا يحتمله وهو السنة والتعليق فالجواب أن معنى هذا الاحتمال احتمال لفظ التخيير للتعليق لانه ليس من أفراده ولا متعلقا به بعد ماذكر ان قوله فطلقي نفسك ثلاثا للسنة أو اذا جاء غد تفسير لذلك التفويض فكان التعليق مرادا بلا لفظ ثم لو لم تعلم بقدومه حتى انقضى يوم قدومه ودخل الليل فلا خيار لها لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على النهار لا على الوقت مطلقا وقد حققناه من قبل يعني في آخر فصل اضافة الطلاق وانما لم يعتبر القدوم فيحمل اليوم على الوقت مطلقا لانه غير ممتد لما حققناه هنالك من ان المعتبر امتداده وعدمه هو المضاف لانه المقصود (قوله واذا جعل أمرها بيدها أو خيرها فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها مالم تأخذ في عمل آخر لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف برأى نفسه وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه)

له (وعن أبي يوسف أنه اذا قال أمرك بيدك اليوم) قال شمس الائمة هذه هي الرواية الصحيحة وجعل قاضيخان هذه الرواية أصل الرواية ولم يذكر خلاف أحد وقوله (وان قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان فلم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها) ظاهر مما قدمناه في آخر فصل اضافة الطلاق واليه أشار بقوله وقد حققناه من قبل وقوله (فيتوقت به) أي بالنهار ثم ينقضي بانقضائه (واذا جعل أمرها بيدها أو خيرها فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها مالم تأخذ في عمل آخر لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف برأى نفسه) وهذه تتصرف برأى نفسها فهي مالكة والتمليك يقتصر على المجلس (وقد بيناه) يعني في فصل الاختيار من قوله التمليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع قيل فيه نظر لانه قال قبل هذا اذا قال أمرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك وذلك يقتضي ان الامر بيدها لا يبطل في يومين وان قامت عن المجلس لانه لو بطل بالقيام عن المجلس لم يكن لتقييده بيومين فائدة لان المرأة اذا لم تقم من مجلسها يوما أو أكثر لا يخرج الامر من يدها وهذا يقتضي أن يقتصر على المجلس

(قال المصنف لان المالك من يتصرف برأى نفسه وهي بهذه الصفة) أقول قال ابن الهمام منقوض بالوكيل فانه أيضا يتصرف برأى نفسه والوجه المشهور فيه قولهم هو الذي يتصرف لنفسه وكأنه تركه للعلم بأن التفويض الى الاجنبي تمليك وهو لا يتصرف لنفسه انتهى وفيه بحث (قوله وهذا يقتضي الخ) أقول يعني قوله هذا والتمليك يقتصر على المجلس

وبينهما تناف (ثم ان كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك) أى الذى سمعت فيه (وان كانت لا تسمع) لغيبة أو لصمم (فمجلس علمها) وبلوغ الخبر اليها الان هذا تمليك فيه معنى التعليق وما هو كذلك يتوقف على ماوراء المجلس كما لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق وهذا لان معنى أمرك بيدك ان أردت طلاقك فأنت طالق وفيه نظر لان التمليك لا يحتمل التوقيت والتعليق كذلك والامر باليد يشتمل على معنييهما على ماذكرتم فكيف يكون محتملا له وأجيب بأن التمليك الذى هو معتبر فيه من باب تمليك المنافع كالاجارة والعارية وذلك يحتمل التوقيت واذا صح التوقيت بهذا الاعتبار صار الامر بيدها فى المدة التى وقتها فلو بطل الامر بقيامها عن المجلس لم يكن للتأقيت فائدة وبهذا خرج الجواب عن النظر المتقدم أيضا وأما من حيث التعليق فلا يحتمل التوقيت فاذا كان الامر باليد مطلقا عن التوقيت اعتبرنا جانب التمليك فقلنا بالاقتصار على المجلس لعدم مايدل على وقت معين واعتبرنا معنى التعليق فقلنا ببقاء الايجاب الى ماوراء

ثم ان كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك وان كانت لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها الان هذا تمليك فيه معنى التعليق فيتوقف على ماوراء المجلس ولا يعتبر مجلسه لان التعليق لازم فى حقه بخلاف البيع لانه تمليك محض لا يشوبه التعليق واذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول ومرة بالاخذ فى عمل آخر على مابيناه فى الخيار

أى فى أول فصل الاختيار والذى ذكره هنالك هو ان التمليك يستدعى جوابا فى المجلس ولم يستدل على انه تمليك واستدل هنا عليه بقوله لان المالك هو الذى يتصرف برأى نفسه والوجه المشهور فيه قولهم هو الذى يتصرف لنفسه والا فالوكيل يتصرف برأى نفسه وكأنه تركه للعلم بأن التفويض الى الاجنبى تمليك وهو لا يتصرف لنفسه وسنحقق ماذكر فى ذلك ليندفع الوكيل فى المشيئة ان شاء الله تعالى وقدمنا ما فى قوله يستدعى جوابا فى المجلس فالصواب اسناد الاقتصار على المجلس الى اجماع الصحابة حيث قالوا لها فى المجلس (قوله ثم ان كانت تسمع) أى تسمع لفظه بالتخيير (اعتبر مجلسها ذلك) أى مجلس سماعها (وان كانت لا تسمع فمجلس علمها) على ماذكرناه (لان هذا تمليك يفيد معنى التعليق) أما انه تمليك فلما تقدم من انها عاملة لنفسها وأما ان فيه معنى التعليق فلان الايقاع وان كان من غير الزوج الا أن الوقوع مضاف الى معنى من قبل الزوج فكأنه قال ان طلقت نفسك فأنت طالق فيثبت للتفويض أحكام تترتب على جهة التمليك وأحكام على جهة التعليق والظاهر ان كلها مما يمكن ترتبها على التمليك فصحة التوقيت على انه تمليك منفعة وقدمنا ان الحاقه بالعارية أقرب ثم من صور التوقيت ما يوجب التوقف على ماوراء المجلس كان يقول أمرك بيدك شهرا أو جمعة فيعتبر ابتداؤه من وقت التفويض وليس هذا التوقف سوى امتداد الملك الذى تحقق فى الحال وكذا عدم صحة الرد بعد سكوته أول الامر بناء عليه لانه بناء على ثبوت الملك الثابت بالتمليك على ماذكرنا انه لا يحتاج الى القبول وأما اقتصاره على المجلس فى التفويض المطلق فتقدم قول المصنف انه تمليك وهو يستدعى جوابا فى المجلس وتقدم ان الجواب الذى يستدعيه التمليك فى المجلس القبول وليس الكلام فيه بل امتداده فى تمام المجلس أثر الملك وارتفاعه بعده ونفس اقتصاره عليه باجماع الصحابة فان قلت قد وقع فى كلام بعضهم ان تطليقها نفسها قبول قلنا لا يتم اذ هو التصرف المتفرع على ثبوت ملكه له أما عدم صحة الرجوع من الزوج فيناسب كلا من التعليق والتمليك لانه لو ثبت يلزم بلا قضاء ولا رضا فقد ظهر ان جميع الآثار

المجلس اذا كانت غائبة عملا بالدليلين بقدر الامكان ولا يعتبر مجلسه حتى لو قام وهى جالسة فالخيار باق لان التعليق حينئذ لازم فى حقه حتى لا يقدر على الرجوع لكونه تصرف يمين من جانبه بخلاف البيع حتى يعتبر مجلسهما جميعا فان أيهما قام عن المجلس قبل قبول الآخر بطل البيع لانه تمليك محض لا يشوبه التعليق ولهذا لو رجع أحدهما عن كلامه قبل قبول الآخر جاز اذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول يعنى الى مجلس آخر ومرة بالاخذ فى عمل آخر على مابيناه فى الخيار يعنى فى قوله اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة الى آخره

(قوله وبينهما تناف) أقول وبالله المستعان ان فى قول المرأة اخترت نفسى مثلا فى جواب التفويض جهتين جهة كونه جوابا لقول الزوج وجهة كونه ملكا له فان الذى يملكها الزوج هو هذا القول فان كان التفويض مطلقا اعتبر كونه جوابا فلا بد منه فى المجلس واذا قيد بالوقت اعتبر كونه ملكا ولم يقتصر على المجلس توفيرا للجهتين حظهما فاليتأمل ولا يمكن تأويل كلام الشارح بما ذكرنا لما أسلفه فى أوائل فصل الاختيار (قوله وهذا لان معنى أمرك بيدك ان أردت طلاقك فأنت طالق) أقول الاصوب أن يقول ان طلقت أو اخترت نفسك فأنت طالق والا فعلى ماذكره الشارح اذا قالت فى الجواب أردت طلاقى ينبغى أن تطلق الا أن يكون مراده الارادة المقارنة للفعل وتلك لا تكون الا بتلفظها بالطلاق (قوله يشتمل على معنييهما) أقول يعنى التمليك والتعليق (قوله فقلنا بالاقتصار على المجلس لعدم مايدل على وقت معين الخ) أقول هذا لا يدل على الاقتصار على المجلس اذ يجوز أن يتأبد كما فى البيع فان حكمه متأبد ولا يخلص الا بما ذكرنا

ويخرج الامر من يدها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض اذ القيام يفرق الرأى بخلاف ما اذا مكثت يوما لم تقم ولم تأخذ فى عمل آخر لان المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى الى أن يوجد ما يقطعه أو ما يدل على الاعراض وقوله مكثت يوما ليس للتقدير به وقوله مالم تأخذ فى عمل آخر يراد به عمل يعرف انه قطع لما كان فيه لا مطلق العمل (ولو كانت قائمة فجلست فهى على خيارها) لانه دليل الاقبال فان القعود أجمع للرأى (وكذا اذا كانت قاعدة فاتكأت أو متكئة فقعدت) لان هذا انتقال من جلسة الى جلسة فلا يكون اعراضا كما اذا كانت محتبية فتربعت قال رضى الله عنه هذا رواية الجامع الصغير وذكر فى غيره انها اذا كانت قاعدة فاتكأت لا خيار لها لان الاتكاء اظهار التهاون بالامر فكان اعراضا والاول هو الاصح ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن أبى يوسف رحمه الله (ولو قالت ادع أبى أستشيره أو شهودا أشهدهم فهى على خيارها) لان الاستشارة لتحرى الصواب والاشهاد للتحرز عن الانكار فلا يكون دليل الاعراض (وان كانت تسير على دابة أو فى محمل فوقفت فهى على خيارها وان سارت بطل خيارها) لان سير الدابة ووقوفها مضاف اليها

يصح ترتبها على جهة الملك هنا ولا حاجة الى اعتبار جهة التعليق وقولهم كأنه قال اذا طلقت نفسك فأنت طالق يمكن اجراؤه فى الوكالة كأنه قال اذا بعت متاعى فقد أجزت بيعك والولاية كأن الامام قال له اذا قضيت فقد أنفذت قضاءك كما قدمنا والاعتبارات التى لا أثر لها كثيرة فى دائرة الامكان (قوله وقوله) أى قول محمد رحمه الله تعالى (مالم تأخذ فى عمل آخر يراد به انه عمل يعرف انه قطع لما كانت فيه) فلو لبست من غير قيام أو أكلت قليلا أو شربت أو قرأت قليلا أو سبحت أو قالت ادعوا الى أبى أستشيره أو الشهود وما أشبهه مما هو عمل الفرقة من غير أن تقوم فى التفويض المطلق لم يبطل خيارها وما ذكر من هذا مثله فى قوله اختارى وطلقى نفسك وأنت طالق ان شئت وكذا اذا قال لاجنبى أمر امرأتى بيدك أو طلقها اذا شئت أو ان شئت أو أعتق عبدى اذا شئت بخلاف قوله بعه ان شئت لا يقتصر على المجلس لان البيع لا يحتمل التعليق ولو اغتسلت أو امتشطت أو اختضبت أو جامعها يبطل وذكر المرغينانى ان لم تجد من يدعو الشهود فقامت لتدعو ولم تنتقل قيل لا يبطل خيارها لعدم ما يدل على الاعراض وقيل يبطل للتبدل ولا تعذر فيه كما لا تعذر فيما اذا أقيمت كرها وقيل اذا لم تنتقل لم يبطل واذا انتقلت ففيه روايتان ولو نامت وهى قاعدة أو كانت تصلى المكتوبة أو الوتر فأتمتها أو النفل فأتمت ركعتين لا يبطل خيارها ولو قامت الى الشفع الثانى بطل الا فى سنة الظهر عن محمد وهو الصحيح ولو قال أمرك بيدك فقالت لم لا تطلقنى بلسانك فطلقت نفسها طلقت لان قولها لم لا تطلقنى ليس ردا فتملك بعده الطلاق قيل فيه نظر لان قولها لم الخ كلام زائد فيتبدل به المجلس وفيه نظر لان الكلام المبدل للمجلس ما يكون قطعا للكلام الاول وافاضة فى غيره وليس هذا كذلك بل الكل متعلق بمعنى واحد وهو الطلاق (قوله والاول أصح) أى ما ذكر فى الجامع الصغير أصح مما ذكر فى غيره وهو الاصل لان من حزبه أمر قد يستند لاجل التفكر لان الاستناد والاتكاء سبب للراحة كالقعود فى حق القائم ولانه نوع جلسة فلا يتغير به الثابت للمجالس (قوله وان سارت بطل) قيل لو اختارت نفسها مع سكوته والدابة تسير طلقت لانها لا يمكنها الجواب بأسرع من ذلك فلا يتبدل حكما وهذا لان اتحاد المجلس انما يعتبر ليصير الجواب متصلا بالخطاب وقد وجد اذا كان من غير فصل ولا فرق بين كون الزوج معها على الدابة أو المحمل أو لا ولو كانت راكبة فنزلت أو تحولت الى دابة أخرى أو كانت نازلة فركبت بطل خيارها وفى المحمل يقوده الجمال وهما فيه لا يبطل ذكره فى الغاية لانه والحالة

وقوله (ويخرج الامر من يدها) ظاهر وقوله (وليس للتقدير به) أى باليوم لانه لو زاد على ذلك ولم يوجد منها ما يدل على الاعراض فهو باق والمراد بقوله وقوله قول محمد فى الجامع الصغير وقوله (ولو كانت قائمة فجلست) ظاهر وقوله (والاول) أى رواية الجامع الصغير (أصح) لان من حزبه أمر قد يستند للتفكر لما أن الاستناد سبب للراحة كالقعود وقوله (ففيه روايتان عن أبى يوسف) فى رواية الحسن عنه لا تبطل وفى رواية الحسن بن أبى مالك عنه تبطل وهو قول زفر ووجه الروايتين مندرج فيما ذكرناه قيل خص أبا يوسف بالذكر وان احتمل أن يكون قول صاحبيه كذلك لانهما نقلا عنه وقوله (ولو قالت ادع أبى أستشيره) ظاهر

وقوله (والسفينة بمنزلة البيت) يعني انها اذا سارت لا يبطل خيارها وهو ظاهر

﴿فصل في المشيئة﴾ قد تقدم وجه تقديم الاختيار و بعده السؤال عن تقدم الامر باليد والمشيئة دوري فيسقط (ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له أو نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلاثا وقد أراد الزوج ذلك وقعن) سواء طلقت جملة أو متفرقة وقوله (لان قوله طلقي) () ظاهر لكن ترجم الفصل بفصل المشيئة فكان الابتداء فيه بمسئلة فيها ذكر المشيئة أولى

(والسفينة بمنزلة البيت) لان سيرها غير مضاف الى راكبها ألا ترى انه لا يقدر على ايقافها وراكب الدابة يقدر

﴿فصل في المشيئة﴾ (ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له أو نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلاثا وقد أراد الزوج ذلك وقعن عليها) وهذا لان قوله طلقي معناه افعلي فعل التطليق وهو اسم جنس فيقع على الادنى مع احتمال الكل كسائر أسماء الاجناس فلهذا تعمل فيه نية الثلاث و ينصرف الى الواحدة عند عدمها وتكون الواحدة رجعية لان المفوض اليها صريح الطلاق ولو نوى الثنتين لا تصح لانه نية العدد الا اذا كانت المنكوحة أمة لانه جنس في حقها (وان قال لها طلقي نفسك فقالت أبنت نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق) لان الابانة من ألفاظ الطلاق ألا ترى انه لو قال لامرأته أبنتك ينوي به الطلاق أو قالت أبنت نفسي فقال الزوج قد أجزت ذلك بانت فكانت موافقة للتفويض في الاصل الا أنها زادت فيه وصفا وهو تعجيل الابانة فيلغو الوصف الزائد و يثبت الاصل كما اذا قالت طلقت نفسي تطليقة بائنة

وان قال لها طلقي نفسك فقالت أبنت نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق) والفرق بينهما ما ذكره في الكتاب ان الابانة من ألفاظ الطلاق لانها وضعت لقطع وصلة النكاح ألا ترى انه لو قال أبنتك ينوي الطلاق أو قالت أبنت نفسي فقال الزوج قد اخترت ذلك بانت وألفاظ الطلاق توافق ما فوض اليها لكونه تطليقا فكانت الابانة موافقة للتفويض في الاصل واذا كان الجواب موافقا للسؤال من حيث الاصل كان صحيحا من حيث الاصل الا انها زادت فيه أي في الجواب وصفا وهو تعجيل الابانة لان الرجعة انما تفيد الابانة بعد انقضاء العدة فاما أن يبطل الاصل لاجل ما زيد فيه من الوصف أو يلغو الوصف لرعاية الاصل والغاء الوصف لتصحيح الاصل أولى فيصار اليه كما لو قالت في جواب طلقي نفسك تطليقة طلقت نفسي تطليقة بائنة

هذه كالسفينة (قوله والسفينة كالبيت لان سيرها غير مضاف الى راكبها) بل الى غيره من الريح ودفع الماء فيماله جرية كالنيل فلا يبطل الخيار بسيرها بل بتبدل المجلس وعن أبي يوسف ان السفينة اذا كانت واقفة فسارت بطل خيارها

﴿فصل﴾ في المشيئة (قوله ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له أو نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلاثا وقد أراد الزوج ذلك وقعن عليها) سواء أوقعتها بلفظ واحد أو متفرقا وانما صح ارادة الثلاث (لان قوله طلقي نفسك معناه افعلي فعل التطليق) فهو مذكور لغة لانه جزء معنى اللفظ فصح نية العموم غير أن العموم في حق الامة ثنتان وفي حق الحرة ثلاث وقد تقدم (قوله وان قال لها طلقي نفسك فقالت أبنت نفسي طلقت) أي رجعيا ولو قالت اخترت نفسي لم تطلق وحاصل الفرق بين صحة الجواب بأبنت وعدمه باخترت ان المفوض الطلاق والابانة من ألفاظه التي تستعمل في ايقاعه كناية فقد أجابت بما فوض اليها بخلاف الاختيار لانه ليس من ألفاظ الطلاق لا صريحا ولا كناية ولهذا لو قالت أبنت نفسي توقف على اجازته ولو قالت اخترت نفسي فهو باطل ولا تلحقه اجازة وانما صار كناية باجماع الصحابة رضي الله عنهم فيما اذا جعل جوابا للتخيير غير انها زادت وصف تعجيل البينونة فيه فيلغو الوصف ويثبت الاصل لا يقال قد صح جوابا للامر باليد لانا نقول الامر باليد هو التخيير معنى فيثبت جوابا له بدلالة نص اجماعهم على التخيير وهذا لان قوله أمرك بيدك ليس معناه الا انك مخيرة في أمرك الذي هو الطلاق بين ايقاعه وعدمه فحيث جعل جوابا للتخيير بلفظ التخيير كان جوابا للتخيير بمرادفه للعلم بأن خصوص اللفظ ملغى بخلاف طلقي لانه وضع طالبا للطلاق لا التخيير بينه و بين عدمه ثم اذا أجابت باخترت نفسي خرج الامر من يدها باشتغالها بما لا يعنيها في ذلك الامر وعن أبي حنيفة انه لا يقع بجوابها

﴿فصل في المشيئة﴾

(قوله لكن ترجم الفصل بفصل المشيئة فكان الابتداء فيه بمسئلة فيها ذكر المشيئة أولى) أقول انما بدأ به لان بابنت ماذكر فيه المشيئة مما لم يذكر فيها بمنزلة المركب من المفرد وبه أيضا ظهر وجه ذكر هذه المسئلة وأمثالها في هذا الفصل فليتأمل (قوله فكان الابتداء فيه بمسئلة الخ) يعني ويذكر ما لم يذكر فيها المشيئة بعدها على سبيل التبع والاستطراد (قوله لانها وضعت لقطع وصلة النكاح) أقول فيه بحث (قوله وألفاظ الطلاق توافق ما فوض اليها لكونه الخ) أقول ضمير لكونه راجع الى ما

وقوله (وينبغي أن تقع تطليقة رجعية) انما قال هكذا تفسيرا لكلام محمد فانه قال طلقت ولم يتعرض لشئ آخر وأرى انه مستغنى عنه لان كونها رجعية يعلم من قوله فيلغو الوصف الزائد ويثبت الاصل وقوله (بخلاف الاختيار) متعلق بقوله لان الابانة من ألفاظ الطلاق وهو واضح (وعن أبي حنيفة انه لا يقع شئ بقولها أبنت نفسي لانها أتت بغير ما فوض اليها) حيث كان المفوض الطلاق وما أتت به الابانة وهما متغايران لا محالة وفي هذه الرواية ابطال الاصل للوصف وهو ضعيف وعن أبي يوسف انها تطلق طلاقا بائنا لان الزوج ملكها ايقاع الطلاق مطلقا وهو يملك ايقاع البائن والرجعي فكذا هي وفي هذا ترك اعتبار المطابقة بين التفويض والجواب والفقه هو الاول أعني ظاهر الرواية (وان قال لها طلقي نفسك) ظاهر وحكمه اللزوم نظرا الى اليمين والاقتصار على المجلس نظرا الى التمليك وفيه مطالبتان احداهما ما وجه اختصاص طلقي نفسك باليمين دون طلقي ضرتك وكما كان معنى طلقي نفسك ان طلقت نفسك فأنت طالق جاز أن يكون معنى طلقي ضرتك ان أردت طلاقها فهي طالق والثانية ما وجه اختصاص الاول بالتمليك والثاني بالتوكيل والجواب عن الاولى ان اليمين بالتعليق انما يكون فيما وجوده متردد ووجود طلاق الضرة اذا فوض اليها أمر كائن لا محالة طبعا وعادة فلا يصلح شرطا وأجيب عن الثانية بما تقدم ان المالك هو الذي يعمل لنفسه والوكيل هو الذي يعمل لغيره والمرأة في طلاق نفسها عاملة لنفسها بتخليصها عن رق النكاح وفي طلاق ضرتها عاملة للزوج وفيه نظر لانها في طلاق ضرتها أعمل لنفسها منها في طلاق نفسها ولان الصورتين اما أن يكونا من باب المشيئة أولا والمآل شمول التمليك أو شمول التوكيل أو التحكيم الباطل

و ينبغي أن تقع تطليقة رجعية بخلاف الاختيار لانه ليس من ألفاظ الطلاق ألا ترى أنه لو قال لامرأته اخترتك أو اختاري ينوي الطلاق لم يقع ولو قالت ابتداء اخترت نفسي فقال الزوج قد أجزت لا يقع شئ الا أنه عرف طلاقا بالاجماع اذا حصل جوابا للتخيير وقوله طلقي نفسك ليس بتخيير فيلغو وعن أبي حنيفة انه لا يقع شئ بقولها أبنت نفسي لانها أتت بغير ما فوض اليها اذ الابانة تغاير الطلاق (ولو قال لها طلقي نفسك فليس له أن يرجع عنه) لان فيه معنى اليمين لانه تعليق الطلاق بتطليقها واليمين تصرف لازم ولو قامت عن مجلسها بطل لانه تمليك بخلاف ما اذا قال لها طلقي ضرتك لانه توكيل وانابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع

بأبنت نفسي لانها أتت بغير ما فوض اليها لان الابانة تغاير الطلاق لحصول كل منهما دون الآخر ويخرج الامر من يدها كما يخرج بقولها اخترت وصار كما لو قال طلقي نفسك نصف تطليقة فطلقت تطليقة أو قال ثلاثا فطلقت ألفا لا يقع شئ والجواب انها خالفته فيهما في الاصل في الاولى ظاهر وكذا في الثانية لان الايقاع بالعدد عند ذكره لا بالوصف على ما تقدم فيكون خلافا معتبرا بخلاف ما نحن فيه لانها خالفت في الوصف بعد موافقتها في الاصل فلا يعد خلافا اذ الوصف تابع واعلم ان المسئلتين ذكرهما التمرتاشي والخلاف فيهما في الاصل انما هو باعتبار صورة اللفظ ليس غيره اذ لو أوقعت على الموافقة أعني الثلاث والنصف كان الواقع هو الواقع بالتطليقة والالف والخلاف في مسئلة الكتاب باعتبار المعنى فان الواقع بمجرد الصريح ليس هو الواقع بالبائن وقد اعتبر الخلاف لمجرد اللفظ بلا مخالفة في المعنى خلافا فانظر الى انه الاصل في الايقاع والخلاف في المعنى غير خلاف وفيه ما لا يخفى (قوله ولو قال لها طلقي نفسك ليس له ان يرجع عنه لما فيه من معنى التعليق ولو قامت من مجلسها بطل خيارها لانه تمليك الطلاق بخلاف قوله طلقي ضرتك لانه توكيل فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع) وكذا قوله لاجنبي طلقها أو قول أجنبي لها طلقي فلانة لانها عاملة فيه لغيرها وكذا المديون في ابراء ذمته بقول الدائن له أبرئ ذمتك عامل لغيره بالذات ولنفسه ضمنا على ما قدمنا والتوكيل استعانة فلو لزم فلم يملك الرجوع عاد على موضوعه بالنقض وقدمنا عدم ظهور الفرق بين طلقي وأبرئ ذمتك اذ كل ما يمكن اعتباره في أحدهما يمكن في الآخر وان عدم الرجوع أيضا يتفرع على معنى الملك الثابت بالتمليك بناء على انه يثبت بلا توقف على القبول شرعا على ما صرح به في الذخيرة وانه لا حاجة الى ترتيبه على معنى التعليق المستخرج لانه يمكن مثله في الوكالات والولايات فلو صح لزم أن لا يصح الرجوع عن توكيل وولاية وأما الاقتصار على المجلس فبالاجماع على خلاف

(قوله وقوله وينبغي أن تقع تطليقة رجعية انما قال هكذا الى قوله ويثبت الاصل) أقول قيل بل لا وجه له لان ظاهر عبارة ينبغي ينافي نص عبارة يلغو (قوله وفي هذا ترك اعتبار المطابقة بين التفويض والجواب) أقول اذا كان المفوض الطلاق والابانة من ألفاظه كيف يوجد ترك المطابقة والجواب ان الطلاق اذا أطلق لا يكون رجعيا

(وان قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها أن تطلق نفسها في المجلس و بعده) لان كلمة متى عامة في الاوقات كلها فصار كما اذا قال في أي وقت شئت (واذا قال لرجل طلق امرأتي فله أن يطلقها في المجلس و بعده) وله أن يرجع عنه لانه توكيل وانه استعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا (ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة) وليس للزوج أن يرجع وقال زفر رحمه الله هذا والاول سواء لان التصريح بالمشيئة كعدمه لانه يتصرف عن مشيئته فصار كالوكيل

القياس (قوله وان قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها أن تطلق نفسها في المجلس و بعده) وكذا اذا شئت واذا ماشئت لما ذكرنا من العموم ويرد على قول أبي حنيفة في اذا أنها عنده بمنزلة ان فلا تقتضي بقاء الامر في يدها وفيه جواب المصنف بأنها يمكن أن تجعل شرطا وان تجعل ظرفا والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك وصار كما اذا قال في أي وقت شئت ولانها انما تملك ماملكت وانما ملكها الطلاق وقت المشيئة فلا تملكه دونها وبهذا يتضح ان هذا اضافة للتمليك لا تنجيز ومن فروع ذلك انها اذا طلقت نفسها بلا قصد غلطا لا يقع اذا ذكر المشيئة و يقع اذا لم يذكرها وقد قدمنا في أول باب ايقاع الطلاق مايوجب حمل ما أطلق من كلامهم من الوقوع بلفظ الطلاق غلطا على الوقوع في القضاء لا فيما بينه و بين الله تعالى (قوله واذا قال لرجل طلق امرأتي فله أن يطلقها في المجلس و بعده وله) أي للقائل (أن يرجع لانه هذا توكيل والتوكيل استعانة فلا يلزم) وله أن يرجع ولا يقتصر والوكيل أن يفعله بعد المجلس بخلاف قوله لها طلقي نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا (ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج أن يرجع وقال زفر هذا والاول) وهو قوله للرجل طلق امرأتي بلا ذكر مشيئة (سواء لان التصريح بالمشيئة كعدمه لانه) وكيلا كان أو مالكا (يتصرف عن مشيئته) فصار كما اذا قال له بع عبدي هذا ان شئت لا يقتصر وله الرجوع أجيب بان ليس الكلام في هذه المشيئة التي بمعنى عدم الجبر بل في انه اذا أثبت له المشيئة لفظا صار موجب اللفظ التمليك لا التوكيل لان تصرف الوكيل لغيره انما هو عن مشيئة ذلك الغير وان كان امتثاله بمشيئة نفسه بخلاف المالك فانه المتصرف بمشيئة نفسه ابتداء غير معتبر ذلك امتثالا فاذا صرح له المالك بتعليق الطلاق بمشيئته كان ذلك تمليكا فيستلزم حكم التمليك بخلاف البيع لانه لا يحتمل التعليق فيلغو وصف التمليك و يبقى الاذن والتصرف بمقتضى مجرد الاذن لا يقتصر على المجلس قيل فيه اشكال لان البيع فيه ليس بمعلق بالمشيئة بل المعلق فيه الوكالة بالبيع وهي تقبل التعليق وكأنه اعتبر التوكيل بالبيع بنفس البيع وهذا غلط يظهر بأدنى تأمل وذلك لان التوكيل هو قوله بع فكيف يتصور كون نفس قوله معلقا بمشيئة غيره بل وقد تحقق وفرغ منه قبل مشيئة ذلك الغير ولم يبق لذلك الغير سوى فعل متعلق التوكيل أو عدم القبول والرد والى هنا تم من المصنف اناطة وصف التمليك مرة بانه يعمل برأي نفسه بخلاف الوكيل ومرة بانه عامل لنفسه بخلافه ومرة بأنه يعمل بمشيئة نفسه وليس الرأي والمشيئة واحدا فان العمل بالرأي العمل بما يراه أصوب من غير أن يؤخذ في مفهومه كونه لنفسه ولا لغيره والعمل لنفسه بخلافه لغيره وبمشيئته أي باختياره ابتداء بلا اعتباره على مطابقة أمر آمر من غير اعتبار معنى الاصوبية في متعلقها بل هي والارادة بخصصان الشئ بوقت وجوده والاول نقضناه بالوكالة وهو مندفع بأن العامل برأيه هو الذي لا يغلبه على رأيه مايقيده في فعل ولا ترك والوكيل وان كان بوكالة عامة مطلقة معه مايغلبه في جانب الترك وهو لزوم خلف الوعد الثابت ضمن رضاه بالتوكيل اذا لم يفعل فانه اذا وكله فرضي كان واعدا

(وان قال لها طلقي نفسك متى شئت) واضح والقائل أن يقول التمليك في هذه الصورة موجود أولا فان كان الثاني لا يقدر على الطلاق وليس كذلك وان كان الاول يقتصر على المجلس لكونه لازم التمليك والجواب ان الاقتصار على المجلس من أحكام التمليك والحكم قد يتأخر لمانع كما في شرط الخيار وهو طريقة تخصيص العلة وموضعه الاصول قوله (واذا قال لرجل طلق امرأتي) واضح ومناطه ماذكرنا في التمليك والتوكيل من ان المالك عامل لنفسه والوكيل لغيره وقد علمت ما عليه (ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج أن يرجع وقال زفر هذا والاول سواء لان التصريح بالمشيئة كعدم التصريح لانه يتصرف عن مشيئته) لان الفعل الاختياري لا يتحقق بدونها وفعله اختياري واذا تساويا كان الثاني توكيلا كالاول

(قوله والحكم قد يتأخر لمانع) أقول الظاهر أن يقال والحكم قد يختلف وقد سبق ان في الامر باليد معنى التعليق فيتوقف على ماوراء المجلس

وصار كما لو قال للوكيل بالبيع بع ان شئت فان ذكر المشيئة لا يخرج التوكيل الى التمليك (ولنا انه تمليك لانه علقه بالمشيئة والمالك هو الذى يتصرف عن مشيئته) لا يقال قد بين آنفا أن الوكيل أيضا يتصرف بمشيئته لانا نقول المشيئة نوعان مشيئة تفتقر اليها الحركة الارادية وهى ثابتة فى كل متحرك بها ومشيئة أخرى يترتب عليها استحسان الفعل وتركه والاولى ثابتة فى التوكيل مع جهة حظر يرفعها قوله طلقها ايقاعا لفعل الموكل والثانية انما تكون فى الملاك وقد فوضها اليه بقوله ان شئت فكان تمليكا هذا ما أمكننى تلخيصه من كلام المشايخ ولقائل أن يقول كونه عاملا لنفسه لازم من لوازم التمليك وقد انتفى فى هذه الصورة وأقول اذا بنى الكلام على ما قد ثبت ان التمليك اقرار شرعى على محل التصرف والتوكيل اقرار شرعى على نفس التصرف لا على ان المالك يعمل لنفسه والوكيل لغيره سقط هذا الاعتراض والنظر الاول فى طلاق الضرة على ما مر ثم أقول والوكيل فى الطلاق كالرسول وحيث لا يتصور أن (١١٧) يكون الشخص رسولا الى نفسه كان قوله طلقى نفسك تمليكا وأما قوله طلقى ضرتك وقوله لاجنبى طلق امرأتى فيحتملان الرسالة فان لم يذكر كلمة ان شئت كان توكيلا وان ذكرها كان تمليكا صونا للزيادة عن الالغاء اذ التوكيل يحصل بدونه وبه يندفع النظر الثانى فى طلاق الضرة فتأمله فلعله مخلص وقوله (والطلاق يحتمل التعليق) جواب عن قياس زفر صورة النزاع على البيع فان قيل هذا توكيل للبيع لا البيع نفسه والتوكيل به قابل للتعليق أجيب بأنه اعتبر التوكيل بالبيع بأصل البيع قال (وان قال لها طلقى نفسك ثلاثا) هذا لبيان مخالفة المرأة زوجها فى ايقاع ما فوض اليها والمسئلة الاولى ظاهرة وأما الثانية فوجه قولهما فيها واضح كما لو قال لها طلقى نفسك وطلقها وضرتها وكما تقدم فيما اذا قال لها طلقى نفسك فقالت أبنت نفسى فانه يقع عليها طلقة رجعية ولم يعتبر ما زادت من صفة البينونة معدما للمطابقة فى أصل الطلاق فيكون كقولها طلقت نفسى منك ثنتين و يلغو قولها ثلاثا (ولابى حنيفة انها أتت بغير ما فوض اليها) ومن فعلت كذلك كانت مبتدئة كما لو قال لها طلقى نفسك فطلقت ضرتها فيتوقف على اجازته وكلامه فيه ظاهر فان قيل قد ثبت من مذهب أهل الحق ان الواحد من العشرة ليس عينها ولا غيرها فكذلك الواحد من الثلاثة يكون لا عينها ولا غيرها فما وجه اثبات المغايرة بينهما أجيب بأن ذلك فى العشرة الموجودة أو المتصورة وأما الثلاث ههنا فمعدوم

بالبيع اذا قيل له بعه ان شئت ولنا انه تمليك لانه علقه بالمشيئة والمالك هو الذى يتصرف عن مشيئته والطلاق يحتمل التعليق بخلاف البيع لانه لا يحتمله (ولو قال لها طلقى نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهى واحدة) لانها ملكت ايقاع الثلاث فتملك ايقاع الواحدة ضرورة (ولو قال لها طلقى نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لم يقع شئ عند أبى حنيفة وقالا تقع واحدة) لانها أتت بما ملكته وزيادة فصار كما اذا طلقها الزوج ألفا ولابى حنيفة انها أتت بغير ما فوض اليها فكانت مبتدئة وهذا لان الزوج ملكها الواحدة والثلاث غير الواحدة لان الثلاث اسم لعدد مركب مجتمع والواحدة فرد لا تركيب فيه فكانت بينهما مغايرة على سبيل المضادة بخلاف الزوج لانه يتصرف بحكم الملك وكذا هى فى المسئلة الاولى لانها ملكت الثلاث

يفعل ما استعان به فيه فاذا لم يفعل أخلف الوعد بخلاف الزوجة فانها لا تعد مخالفة بترك الطلاق اذا لم يقسرها عليه قاسر شرعى فظهر ان الوكيل ليس عاملا برأى نفسه مطلقا والثانى بأمر المديون بابراء نفسه وقدمنا ما فى جوابه من النظر ولو تم انتقض بالتفويض الى الاجنبى فانه قطعا ليس بتطليق زوجة غيره عاملا لنفسه والثالث أقرب والله أعلم فالمعول عليهما (قوله وان قال لها طلقى نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهى واحدة لانها لما ملكت ايقاع الثلاث كان لها أن توقع منها ما شاءت) كالزوج نفسه (ولو قال لها طلقى نفسك واحدة فطلقت ثلاثا لم يقع شئ عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا تقع واحدة لانها أتت بما ملكته وزيادة فصار كما اذا طلقها الزوج ألفا) وكقولها طلقت نفسى واحدة وواحدة وواحدة فى هذه المسئلة وأبنت نفسى فى جواب طلقى نفسك وطلقت نفسى وضرتى وقول العبد فى جواب أعتق نفسك أعتقت نفسى وفلانا حيث يقع ثلاث فى الاولى ورجعى فى الثانية والثالثة وتطلق هى ويعتق هو دون من قرناه (ولابى حنيفة انها أتت بغير ما فوض اليها مبتدئة) فيتوقف على اجازة الزوج وبهذا يخرج الجواب عما بعد الاولى من الصور لامتثالها بدأ ثم المخالفة بما بعده فلا تعتبر ووجهها فى أبنت نفسى ان معناه طلقت نفسى بائنا والباقى ظاهر وقوله بخلاف الزوج جواب عن الاول أى ان الزوج يتصرف بحكم ملكه الثلاث وكما اذا صرح بالثلاث فى ضمنه فيثبت

(قوله يترتب عليها استحسان الفعل وتركه) أقول ضمير تركه راجع الى الفعل (قوله والاولى ثابتة فى الوكيل الى قوله والثانية انما تكون فى الملاك) أقول فيه ان الظاهر ان الثانية أيضا ثابتة للوكيل ولهذا لا يجوز بيع المسلم خمرا لذمى وكالة عنه (قوله سقط هذا الاعتراض) أقول فيه بحث فان الاقرار فى المقيد بالمشيئة على نفس التصرف أيضا فكيف يكون تمليكا (قوله وان ذكرها كان تمليكا) أقول كيف يكون تمليكا والاقرار على محل التصرف لازم من لوازمه ولم يوجد (قوله أجيب بأنه اعتبر التوكيل الخ) أقول فيه ان الاول

والواحد الموجود غير الثلاث المعدومة فان قيل سلمنا المغايرة لكن اذا قال لها أمرك بيدك ونوى الواحدة وطلقت نفسها ثلاثا وقعت واحدة وقد أتت بغير ما فوض اليها اذ الثلاث غير الواحدة على ما ذكر أجيب بان التفويض هناك لم يتعرض لشئ فقد يكون خاصا وقد يكون عاما فاذا نوى الواحدة فقد قصد تفويضا خاصا وهو غير مخالف للظاهر فلما أوقعت ثلاثا فقد وافقته فيما هو أصل التفويض وهو لا يكون أقل من الواحدة فتقع الواحدة (وقوله وان أمرها بطلاق تملك الرجعة) ظاهر وكذا قوله ان قال لها طلقي نفسك ثلاثا ان شئت لان معنى قوله ان شئت ان شئت الثلاث اذ الشرط لابد له من جزاء فاما ان يكون متقدما عليه أو مقدرا متأخرا وعلى كلا التقديرين يتعلق بمشيئة الثلاث ولم توجد بمشيئة الواحدة وكذا عكسه عند أبي حنيفة لان الشرط مشيئة الواحدة ومشيئة الثلاث ليست مشيئة للواحدة كما أن ايقاع الثلاث ليس بايقاع للواحدة فيما اذا قالت طلقت نفسي ثلاثا ووجه قولهما ظاهر

اما ههنا لم تملك الثلاث وما أتت بما فوض اليها فلغت (وان أمرها بطلاق تملك الرجعة فطلقت بائنة أو أمرها بالبائن فطلقت رجعية وقع ما أمر به الزوج) فمعنى الاول أن يقول لها الزوج طلقي نفسك واحدة أملك الرجعة فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة فتقع رجعية لانها أتت بالاصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الاصل ومعنى الثاني أن يقول لها طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية فتقع بائنة لان قولها واحدة رجعية لغو منها لان الزوج لما عين صفة المفوض اليها فاحتاجت بعد ذلك الى ايقاع الاصل دون تعيين الوصف فصار كأنها اقتصرت على الاصل فيقع بالصفة التي عينها الزوج بائنا أو رجعيا (وان قال لها طلقي نفسك ثلاثا ان شئت فطلقت نفسها واحدة لم يقع شئ) لان معناه ان شئت الثلاث وهي بايقاع الواحدة ما شاءت الثلاث فلم يوجد الشرط

القدر الذي ملكه ويلغو ما سواه وكذا هي في المسئلة الاولى وهي قوله لها طلقي نفسك ثلاثا ملكتها بجميع أجزائها (أما ههنا فلم تملك الثلاث) لانها انما ملكها الواحدة ولم تأت بما فوض اليها فلم تصر باعتبارها مالكة ولا باعتبارها متصرفة عن الآمر لعدم الموافقة وحقيقة الفرق انها ملكت الواحدة وهي شئ بقيد الوحدة بخلاف الواحدة التي في ضمن الثلاث فانها بقيد ضده وهذا معنى قوله الثلاث اسم لعدد مركب مجتمع الوحدان والواحد لا تركيب فيه فكان بينهما تضاد بخلاف الزوج وبخلافها في المسئلة الاولى لانها ملكت الثلاث أما ههنا فلم تملك الثلاث لما ذكرنا وهذا التقرير لا يستعقب ايرادا ووقع في لفظ المصنف قوله والثلاث غير الواحدة يعني فلم تكن بايقاعها موافقة لما ملكها فاعترض بأن مذهب أهل السنة ان الجزء من العشرة ليس عينها ولا غيرها وأجيب بان ذلك في الامور الموجودة بخلاف نحو الطلاق وأنت تعلم ان هذا مجرد اصطلاح للمتكلمين كما ان اصطلاح الفلاسفة ان ما ليس عينا فهو غير ولو فرض عدم وضع الاصطلاح أصلا بل عدم وضع لفظة غير لغة لم يتوقف اثبات المطلوب عليه اذ يكفي فيه أن يقال فوض اليها الثلاث والواحدة ليست اياها فلا تكون مفوضة اليها فايراد مثله الزام بمجرد الاصطلاح وغاية ما يلزم بعد التزامه ان المصنف عبر عما ليس اياه بلفظ غير مجازا (قوله ولو أمرها بطلاق يملك رجعتها فطلقت بائنا أو أمرها بالبائن فطلقت رجعيا وقع ما أمر به ومعنى الاول أن يقول طلقي نفسك واحدة أملك الرجعة فيها فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة تقع رجعية لانها أتت بالاصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الاصل ومعنى الثاني أن يقول طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية تقع بائنة لان قولها رجعية لغو لان الزوج لما عين صفة المفوض اليها في الصورتين فاحتاجت بعد ذلك الى أصل الايقاع) لا الى ذكر وصفه فذكرها اياه موافقا أو مخالفا لا عبرة به لان الوقوع بايقاعها ليس الا بناء على التفويض فذكرها كسكوتها عنه وعند سكوتها يقع على الوصف المفوض وحاصل هذا كله ان المخالفة ان كانت في الوصف لا يبطل الجواب بل يبطل الوصف الذي به المخالفة ويقع على الوجه الذي فوض به بخلاف ما اذا كانت في الاصل حيث يبطل كما اذا فوض واحدة فطلقت ثلاثا على قول أبي حنيفة أو فوض ثلاثا فطلقت ألفا وتقدم تخريج أبنت على مخالفة الوصف في قوله طلقي نفسك (قوله ولو قال لها طلقي نفسك ثلاثا الخ) تقدم انه اذا قال طلقي نفسك ثلاثا تملك أن تطلق نفسها واحدة وثنتين وثلاثا فلو انه زاد قوله ان شئت فطلقت واحدة لم يقع شئ لان معناه ان شئت الثلاث فكان تفويض الثلاث معلقا بشرط هو مشيئتها اياها ولم يوجد الشرط لانها لم تشأ الا الواحدة وتقدم انه لو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلاثا لم يقع شئ عند أبي حنيفة

قابل للتعليق بخلاف الثاني فكيف يعتبر به (قوله والواحد الموجود الخ) أقول من أين ثبت وجوده وهل الكلام الا فيه ثم ان تعليل المصنف بقوله لان الثلاث اسم لعدد مركب الخ يدل على تغايرهما مطلقا كما لا يخفى والاولى أن يقال وتقع مراده المغايرة اللغوية لا ما اصطلح عليه المتكلمون قال المصنف (أما ههنا لم تملك الثلاث) أقول الزوج أيضا لا يملك الالف فلا بد من الفرق

(ولو قال لها أنت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوي الطلاق بطل الامر) وكلامه ظاهر وفيه بحث من وجهين أحدهما انه كان ينبغي أن يقع بقوله شئت لانه يملك ايقاع الطلاق بهذا اللفظ والثاني انه اذا قال شئت طلاقك أي بلفظ صريح الطلاق ينبغي أن لا يحتاج الى النية وأجيب عن الاول بان كلامه بناء على كلامها وليس في كلامها ذكر الطلاق وانما فيه ذكر المشيئة فيكون شائياً مشيئتها لا بطلاقها الا يقال كلامها مبني على كلامه الاول وفيه ذكر الطلاق لان كلامها لغا بالاشتغال بما لا يعنيها فيلغو ما يبتني عليه وعن الثاني بان قوله شئت طلاقك قد يقصد وجوده لمكان وقد يقصد وجوده وقوعاً فلا بد من النية لتعيين جهة الوجود وقوعاً (وقوله اذ المشيئة تنبئ عن الوجود) قيل لان المشيئة في الاصل مأخوذة من الشئ وهو اسم للموجود فكان قوله شئت بمنزلة أوجدت وايجاد الطلاق بايقاعه بخلاف الارادة فانها في اللغة عبارة عن الطلب قال عليه الصلاة والسلام الحمى رائد الموت أي طالبه فان قيل ذهب علماؤنا في أصول الدين الى أن الارادة والمشيئة واحدة فما هذه التفرقة فالجواب انه يجوز أن يكون بينهما تفرقة بالنسبة الى العباد وتسوية بالنسبة الى الله تعالى لان ما شاء الله كان لا محالة وكذا ما يريده بخلاف العباد

(ولو قال لها طلقي نفسك واحدة ان شئت فطلقت ثلاثاً فكذلك عند أبي حنيفة) لان مشيئة الثلاث ليست بمشيئة للواحدة كايقاعها (وقالا تقع واحدة) لان مشيئة الثلاث مشيئة للواحدة كما أن ايقاعها ايقاع للواحدة فوجد الشرط (ولو قال لها أنت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال الزوج شئت ينوي الطلاق بطل الامر) لانه علق طلاقها بالمشيئة المرسلة وهي أتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط وهو اشتغال بما لا يعنيها فخرج الامر من يدها ولا يقع الطلاق بقوله شئت وان نوى الطلاق لانه ليس في كلام المرأة ذكر الطلاق ليصير الزوج شائياً طلاقها والنية لا تعمل في غير المذكور حتى لو قال شئت طلاقك يقع اذا نوى لانه ايقاع مبتدأ اذ المشيئة تنبئ عن الوجود بخلاف قوله أردت طلاقك لانه لا ينبئ عن الوجود

وتقع واحدة عندهما فلو زاد قوله ان شئت فالخلاف على ما هو عليه فأبو حنيفة يقول مشيئة الثلاث ليست مشيئة الواحدة فلم يوجد الشرط وهما يقولان مشيئة الثلاث مشيئة الواحدة كما ان ايقاعها ايقاع الواحدة وقد سبق الكلام في تحقيق ذلك (قوله ولو قال لها أنت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوي الطلاق بطل الامر لانه علق طلاقها بالمشيئة المرسلة) منها (وهي قد أتت بالمعلقة فما وجد الشرط ثم هو اشتغال بما لا يعنيها فخرج الامر من يدها ولا يقع الطلاق بقوله شئت وان نوى لانه ليس في كلام الرجل ذكر الطلاق ولا في كلامها) لانها لم تقل شئت طلاقي ان شئت ليكون الزوج بقوله شئت شائياً طلاقها فطابل بمجرد النية والنية لا تعمل في غير المذكور الصالح للايقاع ولا في المذكور الذي ليس بصالح للايقاع به نحو اسقيني (حتى لو كان قال شئت طلاقك ينويه وقع لان المشيئة تنبئ عن الوجود) لانها من الشئ وهو الموجود (بخلاف ما لو قال أردت طلاقك لانه لا ينبئ عن الوجود) بل هي طلب النفس الوجود عن ميل وغاية الامر ان المشيئة والارادة في صفة العباد مختلفان وفي صفة الله تعالى مترادفان كما هو اللغة فيهما مطلقا فلا يدخلهما وجود أي لا يكون الوجود جزء مفهوم أحدهما غير ان ما شاء الله كان وكذا ما أراده لان تخلف المراد انما يكون لعجز المريد لا لذات الارادة لانها ليست المؤثرة للوجود لان ذلك خاصية القدرة بل بمعنى انها المخصصة للمقدور المعلوم وجوده بالوقت والكيفية ثم القدرة تؤثر على وفق الارادة غير انه لا يتخلف شئ عن مراده تعالى لما قلنا في المشيئة بخلاف العباد وعن هذا لو قال أراد الله طلاقك ينويه يقع كما لو قال شاء الله بخلاف أحب الله طلاقك أو رضيه لا يقع لانهما لا يستلزمان منه تعالى الوجود ولو قيل التخصيص بالوقت الارادة يكون عن طلبه ويستلزم عدم الفرق بين صفة الارادة والكلام نعم فرق بين الطلبين انه في الكلام طلب تكليفي وهذا بخلافه ولكنه ليس يلزم كون الطلب الكلامي تكليفاً دائماً كما في الطلب المعبر عنه بكن ولو أجيب بأن ذلك الطلب خارج عنهما لزم كونه من صفات الافعال وإذ قد ظهر الفرق بين الارادتين لا يكون فرق أبي حنيفة بين

(قوله وفيه بحث من وجهين أحدهما انه كان ينبغي أن يقع بقوله شئت لانه يملك ايقاع الطلاق بهذا اللفظ) أقول اذا كان الطلاق مذكوراً صريحاً في كلام المرأة (قوله لان كلامها لغا بالاشتغال بما لا يعنيها فيلغو الخ) أقول كونه لغواً لهذا السبب لا يوجب أن لا يكون الطلاق مقدراً في كلامها وان يلغو ما يبتني عليه ولو صح ما ذكره من التفريع لزم أن يلغو قوله شئت اذا أتت المرأة في كلامها بصريح لفظ الطلاق (قوله وعن الثاني الى قوله فلا بد من النية لتعيين جهة الوجود وقوعاً) أقول مخالف لما في حيز قيل بعد سطر (قوله بخلاف الارادة فانها في اللغة عبارة عن الطلب) أقول فان قيل اذا كان الارادة بمعنى الطلب يلزم أن لا تستلزم الوجود مطلقاً كما في أوامر الله تعالى قلنا الطلب الذي هو مدلول الامر طلب تكليفي والارادة طلب تكويني وبينهما فرق وقد يكون مدلول بعض الاوامر طلباً تكوينياً أيضاً كما في قول الله تعالى كن

(وكذا اذا قالت شئت ان شاء أبي أو شئت ان كان كذا لامر لم يجئ بعد) لما ذكرنا ان المأتي به مشيئة معلقة فلا يقع الطلاق وبطل الامر (وان قالت قد شئت ان كان كذا لامر قد مضى طلقت) لان التعليق بشرط كائن تنجيز (ولو قال لها أنت طالق اذا شئت أو اذا ما شئت أو متى شئت أو متى ما شئت فردت الامر لم يكن ردا ولا يقتصر على المجلس) أما كلمة متى ومتى ما فلانهما للوقت وهي عامة في الاوقات كلها كانه قال في أي وقت شئت فلا يقتصر على المجلس بالاجماع ولو ردت الامر لم يكن ردا لانه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت فلم يكن تمليكا قبل المشيئة حتى يرتد بالرد ولا تطلق نفسها الا واحدة لانها تعم الازمان دون الافعال فتملك التطليق في كل زمان ولا تملك تطليقا بعد تطليق

المشيئة والارادة في حق العباد روايه عنه في الفرق بينهما في صفة الله سبحانه وتعالى بقي الشأن في كون المشيئة تنبئ عن الوجود في حق العباد للاشتقاق من الشئ وهو الموجود فيه نظر فان الشئ وان وقع على غير الاعيان الا ان كونه في مفهومه الوجود اصطلاح طارئ على اللغة فانه لغة يقال للمعدوم والموجود وكون الارادة نسبت الى ما لا يعقل بخلاف المشيئة كما ذكر شمس الائمة لا أثر له الا ولو لم يكن مجازا عقليا أو مجازا لغويا في لفظ الارادة على انه سمع نسبة المشيئة أيضا الى ذلك أنشد ابن السكيت في اصلاح المنطق

يا مرحباه بحمار عفرا * اذا أتى قربته لما يشا

* من الشعير والحشيش والما *

وهو من شواهد قصر الممدود فتوجيهه أن يعتبر العرف فيه يعني يكون العرف العام انه الشئ الموجود والمشيئة منه بان يراد به بعض ما يصدق عليه وهو الشئ الكائن مصدرا لشاء فانه يقال شاء شيأ على ارادة الحاصل بالمصدر ثم يشتق منه ولما كان الوجود على هذا محتمل اللفظ لا موجبه احتاج الى النية فلزم الوجود فيها فاذا قال شئت كذا في التخاطب العرفي فمعناه أوجدته عن اختيار بخلاف أردت كذا مجردا يفيد عرفا عدم الوجود وأحببت طلاقك ورضيته مثل أردته ولو قال شائي طلاقك ناويا الطلاق فقالت شئت وقع ولو قال أريديه أو اهويه أو أحبيه أو ارضيه ينوي الطلاق فقالت أردته أحببته هويته رضيته لا يقع بخلاف ما لو قال ان أردت أو أحببت الى آخرها فقالت أردت أو أحببت الى آخرها فانه يقع وان لم ينو لانه تعليق لا يفتقر الى النية وهو كقوله ان كنت تحبيني يتعلق باخبارها فاذا قالت أحببت وقع (قوله وان قالت قد شئت ان كان كذا لامر قد مضى) كشئت ان كان فلان قد جاء وقد جاء أو لامر كائن كشئت ان كان أبي في الدار وهو فيها طلقت لان التعليق بامر كائن تنجيز قيل يلزم عليه انه لو قال هو كافر ان كنت فعلت كذا وهو يعلم انه قد فعله أن يكفر وهو منتف أجيب بأن من المشايخ من قال يكفره فاللازم حق وعلى المختار وهو عدم كفره وهو مروي عن أبي يوسف يفرق بان هذه الالفاظ جعلت كناية عن اليمين بالله تعالى اذا جعل تعليق كفره بأمر في المستقبل فكذا اذا جعله بماض تحاميا عن تكفير المسلم والاوجه أن الكفر بتبدل الاعتقاد وتبدله غير واقع مع ذلك الفعل فان قيل لو قال هو كافر بالله ولم يتبدل اعتقاده يجب أن يكفر فليكفر هنا بلفظ هو كافر وان لم يتبدل اعتقاده قلنا النازل عند وجود الشرط حكم اللفظ لا عينه فليس هو بعد وجود الشرط متكلما بقوله هو كافر حقيقة (قوله ولو قال أنت طالق اذا شئت أو اذا ما شئت أو متى شئت أو متى ما شئت فردت) بأن قالت لا اشاء لا يكون ردا ولها أن تشاء بعد ذلك ولا يقتصر على المجلس أما كلمة متى فانها لعموم الاوقات كأنه قال في أي وقت شئت وانما لم يرتد بردها لانه لم يملكها في الحال شيأ بل أضافه الى وقت مشيئتها فلا يكون تمليكا قبله فلا يرتد بالرد وقد يقال ليس هذا تمليكا في حال أصلا لانه صرح بطلاقها معلقا بشرط مشيئتها فاذا وجدت مشيئتها وقع طلاقه وانما يصح ما ذكر في لفظ طلقي نفسك اذا شئت لانها تتصرف بحكم

الملك

وقوله (وكذا اذا قالت شئت ان شاء أبي) ظاهر وقوله (لان التعليق بامر كائن تنجيز) قيل لو كان كذلك لكفر من قال هو يهودي ان فعل كذا وهو يعلم انه فعله وليس كذلك وأجيب بان بطلان الثاني ممنوع وبعد التسليم نقول هذه الالفاظ صارت كناية عن اليمين بالله تعالى اذا حصل التعليق بها بفعل مستقبل فكذا اذا حصل بفعل في الماضي تحاميا عن تكفير المسلم وقوله (ولو قال لها أنت طالق اذا شئت الخ) واضح

وأما كلمة اذا واذا ما فهما ومتى سواء عندهما وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه وان كان يستعمل للشرط كما يستعمل للوقت لكن الامر صار بيدها فلا يخرج بالشك وقد مر من قبل (ولو قال لها أنت طالق كلما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثا) لان كلمة كلما توجب تكرار الافعال الا أن التعليق ينصرف الى الملك القائم (حتى لو عادت اليه بعد زوج آخر فطلقت نفسها لم يقع شئ) لانه ملك مستحدث (وليس لها أن تطلق نفسها ثلاثا بكلمة واحدة) لانها توجب عموم الانفراد لا عموم الاجتماع فلا تملك الايقاع جملة وجمعا

وقوله (فلا يخرج بالشك) يعني لو نظرنا الى كونه للشرط يخرج الامر من يدها بالقيام كما في قوله ان شئت ولو نظرنا الى كونه للوقت لا يخرج فلا يخرج بالشك وقوله (وقد مر من قبل) يعني في فصل اضافة الطلاق الى الزمان وقوله (ولو قال لها أنت طالق كلما شئت) ظاهر وقوله (فلا تملك الايقاع جملة وجمعا) قيل معناهما واحد وقيل الجملة هو أن تقول طلقت نفسي ثلاثا والجمع أن تقول طلقت واحدة وواحدة وواحدة هذا هو الظاهر

الملك بخلاف ما لو قالت طلقت نفسي في هذه المسئلة فانه وان وقع الطلاق لكن الواقع طلاقه المعلق وقولها طلقت ايجاد للشرط الذي هو مشيئة الطلاق على تقدير ان المشيئة تقارن الايجاد ثم لا تملك طلاق نفسها الا مرة واحدة لانها تعم الازمان لا الافعال بخلاف كلما (قوله وأما كلمة اذا واذا ما فهي كمتى عندهما) فما كان حكما في متى يكون حكما في اذا (وعند أبي حنيفة رحمه الله وان كانت اذا تستعمل للشرط) المجرد عن معنى الزمان كما تقدم (لكنها تستعمل للوقت) أيضا مجردا عن معنى الشرط ومقرونا به وكل موضع تحقق فيه ثبوت حكم لا يحكم بزواله بالشك ففي قوله أنت طالق اذا لم أطلقك الحكم الثابت عدم الطلاق فلا يحكم بزواله بوقوع الطلاق الا بيقين وهو أن يراد بها الزمان وهو غير لازم من استعمالها فلا تطلق الا بالموت وفي أنت طالق اذا شئت صار الامر في يدها فلا يخرج بانقضاء المجلس الا بيقين وهو أن يراد بها الشرط المجرد وهو غير لازم من استعمالها نعم لو صرح فقال أردت مجرد الشرط لنا أن نقول يتقيد بالمجلس كما اذا قال أنت طالق ان شئت فانه يتقيد بالمجلس ويحلف لنفي التهمة على نحو ما تقدم انه اياه أراد وقوله وقد مر يعني في فصل اضافة الطلاق هذا والوجه في تقريره غير هذا وهو ان قوله اذا شئت يحتمل انه تعليق طلاقها بشرط هو مشيئتها وانه أضافه الى زمانه وعلى كل من التقديرين لا يرتد بالرد حتى اذا تحققت مشيئتها بعد ذلك بان قالت شئت ذلك الطلاق أو قالت طلقت نفسي وقع معلقا كان أو مضافا الا ما قال المصنف من ان الامر دخل في يدها فلا يخرج بالشك لان معناه أنه ثبت ملكها بالتمليك فلا يخرج بالشك في المراد باذا انه محض الشرط فيخرج من يدها بعد المجلس أو الزمان فلا يخرج كمتى وقد صرح آنفا في متى بعدم ثبوت التمليك قبل المشيئة لانه انما ملكها في الوقت الذي شاءت فيه فلم يكن تمليكا قبله حتى يرتد بالرد وعلى ما ذكرنا فالذي دخل في ملكها تحقيق الشرط أو المضاف اليه الزمان وهو مشيئتها الطلاق ليقع طلاقه وعلى هذا قولهم في قوله أنت طالق كلما شئت لها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة معناه تطلق بمباشرة الشرط تجوزا بالتطليق عنه بان تقول شئت طلاقي أو طلقت نفسي فيقع طلاقه عند تحقق الشرط وانما يصح كلامهم في قوله طلقي نفسك كلما شئت (قوله الا أن التعليق الخ) جواب عن مقدر هو ان موجب كلما تكرار الافعال أبدا ومقتضاه انها اذا طلقت نفسها ثلاثا وعادت اليه بعد زوج آخر أن تملك طلاقها أيضا وليس لها ذلك أجاب بانها وان كانت كذلك لكن التفويض انما ينصرف الى الملك القائم لا الى عدم الملك الذي هو معنى الملك المعدوم فلو انصرف اليه انصرف الى عدم الملك فاذا فرض ان المملوك قدر معين لزم ان باستغراقه تكرارا ينتهي به التفويض وذلك القدر هو الثلاث فلو طلقت نفسها واحدة وانقضت عدتها فتزوجت بآخر وعادت الى الاول ملكت ثلاث تطليقات أيضا خلافا لمحمد فان عنده انما تملك ثنتين لما عرف في مسئلة الهدم (قوله وليس لها أن تطلق نفسها ثلاثا) بالاتفاق لانها لعموم الانفراد لا لعموم الاجتماع فلا تملك الايقاع جمعا وعلى هذا لا تطلق نفسها ثنتين فلو طلقت ثلاثا أو ثنتين وقع عندهما واحدة وعنده لا يقع شئ بناء على ما تقدم من أن ايقاع الثلاث ايقاع الواحدة عندهما خلافا له

(ولو قال أنت طالق حيث شئت) ظاهر فان قيل اذا لغا ذكر المكان بقي قوله أنت طالق شئت فينبغي أن يقع الطلاق في الحال كما لو قال أنت طالق دخلت الدار فانه يقع الساعة أجيب بان حيث وأين تفيدان ضربا من التأخير وحرف الشرط أيضا يفيد ضربا من التأخير فيشتركان في تحقيق معنى التأخير فجعلا مجازا عن حرف الشرط فان قيل اذا جعلا مجازا عن حرف الشرط لماذا يبطل بالقيام عن المجلس وانما يبطل بالقيام عن المجلس اذا جعلا مجازا عن حرف ان وأما اذا جعلا مجازا عن كلمة اذا أو متى فلا يبطل بالقيام عنه فلم يجعل مجازا عن كلمة اذا أو متى أجيب بأن جعلهما مجازا عن ان أولى لما انها محض الشرط فكانت أصلا

في الباب والاعتبار بالاصل أولى من غيره بخلاف الزمان لان للطلاق تعلقا به لوقوعه في زمان دون زمان وأما اذا كان واقعا في مكان كان واقعا في جميع الامكنة فوجب اعتباره أي اعتبار الزمان خصوصا كما لو قال أنت طالق غدا أو عموما كما لو قال أنت طالق في أي وقت شئت قال (وان قال أنت طالق كيف شئت) اختلف علماؤنا فيما اذا قال أنت طالق كيف شئت هل يتعلق أصل الطلاق بمشيئتها أولا فقال أبو حنيفة لا يتعلق بل تقع طلقة واحدة ولا مشيئة لها ان لم يدخل بها وان دخل بها وقعت تطليقة رجعية والمشيئة اليها في المجلس بعد ذلك ثم لا يخلو من ان ينوي الزوج شيأ أو لم ينو فان كان الثاني اعتبرت مشيئتها في الكم والكيف فيما قالوا جريا على موجب التخيير وان كان الاول فان اتفقت نيته ومشيئتها فذاك وان اختلفا بأن شاءت بائنة والزوج ثلاثا أو بالعكس وقعت واحدة رجعية وقالا لا يقع شئ لا قبل الدخول ولا بعده حتى تشاء فان شاءت أوقعت ماشاءت من الرجعي والبائن والثلاث لانه فوض التطليق اليها على أي صفة شاءت لان كلمة كيف للسؤال عن الحال مطلقا فلابد من تعليق الاصل بمشيئتها لتثبت لها المشيئة في جميع الاحوال كما لو قال أنت طالق ان شئت أو حيث شئت أو أين شئت ولابي حنيفة ان كلمة كيف لطلب الوصف لا لطلب الاصل يقال كيف أصبحت أي على أي وصف وقوع

(ولو قال لها أنت طالق حيث شئت أو أين شئت لم تطلق حتى تشاء وان قامت من مجلسها فلا مشيئة لها) لان كلمة حيث وأين من أسماء المكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشيئة فيقتصر على المجلس بخلاف الزمان لان له تعلقا به حتى يقع في زمان دون زمان فوجب اعتباره عموما وخصوصا (وان قال لها أنت طالق كيف شئت طلقت تطليقة تملك الرجعة) ومعناه قبل المشيئة فان قالت قد شئت واحدة بائنة أو ثلاثا وقال الزوج ذلك نويت فهو كما قال لان عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيئتها وارادته أما اذا أرادت ثلاثا والزوج واحدة بائنة أو على القلب تقع واحدة رجعية لانه لغا تصرفها لعدم الموافقة فبقي ايقاع الزوج وان لم تحضره النية تعتبر مشيئتها فيما قالوا جريا على موجب

(قوله ولو قال أنت طالق حيث شئت أو أين شئت لم تطلق حتى تشاء و يتقيد بالمجلس ولو قامت منه قبل المشيئة فلا مشيئة لها) لان كلمة حيث وأين للمكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشيئة فيقتصر على المجلس) أورد عليه انه اذا لغا المكان صار أنت طالق شئت وبه يقع للحال كقوله أنت طالق دخلت الدار أجيب بأنه يجعل الظرف مجازا عن الشرط لان كلا منهما يفيد ضربا من التأخير وهو خير من الغائه بالكلية فأورد عليه فلم يبطل بالقيام وفي أدواته ما لا يبطل به كمتى واذا أجيب بان الحمل على إن أولى لانها أم الباب وصرف الشرط وفيه يبطل بالقيام واعترض في بعض شروح المنار بأنه لما جعل مجازا عن الشرط فالشرط الذي فيه معنى الحقيقة أولى انتهى فان أراد بالمعنى الحقيقي الزمان كمتى حتى لا يخرج من يدها بعد المجلس فليس معنى لحيث وأين بل معناهما المكان وان أراد معنى الظرفية مطلقا فليس معناهما أصلا بل اسم الظرف اصطلاح مبني على تشبيه الزمان والمكان بالاوعية للامتعة وهي الظروف لغة (قوله فوجب اعتباره عموما) كما في أنت طالق في أي وقت شئت (وخصوصا) في أنت طالق غدا (قوله ولو قال لها أنت طالق كيف شئت طلقت) ان كانت غير مدخول بها طلقة بائنة وخرج الامر من يدها لفوات محليتها بعدم العدة وان كانت مدخولا بها طلقت طلقة رجعية بمجرد قوله ذلك شاءت أولا ثم ان قالت شئت بائنة أو ثلاثا وقد نوى الزوج ذلك تصير كذلك للمطابقة وان اختلفا بان شاءت بائنة والزوج ثلاثا أو على القلب فهي رجعية لانه لغت مشيئتها لعدم الموافقة فبقي ايقاع الزوج بالصريح ونيته لا تعمل في جعله بائنا ولا ثلاثا ولو لم تحضر الزوج نية لم يذكره في الاصل ويجب أن تعتبر مشيئتها حتى لو شاءت ثلاثا أو بائنة ولم ينو الزوج يقع ما أوقعت بالاتفاق على اختلاف الاصلين أما على أصله فلانه أقامها مقام نفسه في اثبات الوصف لان كيف للحال والزوج لو أوقع رجعيا يملك جعله بائنا وثلاثا عند أبي حنيفة فكذا المرأة عند هذا التفويض تملك جعل ما وقع كذلك وأما عندهما فكذا تملك ايقاع البائن والثلاث لانه تفويض أصل الطلاق اليها على أي وصف شاءت كذا في الكافي وهذا الذي ذكرنا من

قال المصنف (لان عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيئتها وارادته) أقول أطلق المشيئة في جانبها اذ بها يثبت وجود الطلاق والارادة في جانبه حيث لا يقع بها الطلاق وكذا الكلام في قوله اما اذا أرادت ثلاثا فليتأمل فانه لم يتنبه الشراح لهذه الدقيقة فقالوا وان اختلفا بأن شاءت بائنة

من الصحة والسقم وغير ذلك فكان التفويض في وصف الطلاق والتفويض في وصله يستدعي وجود أصله والالكان كيف لطلب ه وليس كذلك ووجود الطلاق بوقوعه وهو ظاهر وههنا سؤال مشهور وهو ان المعقول ان لايحتاج الى نية الزوج لانه لما فوض الامر اليها وجب أن تستقل باثبات مافوض اليها اعتبارا بعامة التفويضات وجوابه انه فوض اليها حال الطلاق وهي مشتركة بين الكم والكيف يعني العدد والبينونة فيحتاج الى النية لتعيين أحدهما وقد روى عن الطحاوي ان للمرأة أن تجعل الطلاق بائنا أو ثلاثا في قول أبي حنيفة قال صاحب النهاية نافلا عن الفوائد الظهيرية وقد راجعت الفحول في جواب هذا

التخيير (قال رضي الله تعالى عنه وقال في الاصل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله (وعندهما لايقع مالم توقع المرأة فتشاء رجعية أو بائنة أو ثلاثا) وعلى هذا الخلاف العتاق لهما انه فوض التطليق اليها على أي صفة شاءت فلابد من تعليق أصل الطلاق بمشيئتها لتكون لها المشيئة في جميع الاحوال أعني قبل الدخول وبعده ولابي حنيفة رحمه الله ان كلمة كيف للاستيصاف يقال كيف أصبحت والتفويض في وصفه يستدعي وجود أصله ووجود الطلاق بوقوعه

وقوع الرجعية قبل مشيئتها قول أبي حنيفة أما عندهما فما لم تشأ لم يقع شئ (وعلى هذا الخلاف أنت حر كيف شئت) يقع للحال عنده وعندهما يتوقف على المشيئة والحاصل ان أصل الطلاق لا يتعلق بمشيئتها عنده بل صفته وعندهما يتعلقان معا بمشيئتها وما قيل ان العتق لا كيفية له ليتعلق فيقع البتة يوهم عدم الخلاف أو ترجيح العتق بذلك لكن الثابت ما سمعت من الخلاف وعدم كيفية زائدة على أصل العتق ممنوع بل له كيفية زائدة على ذلك من كونه معلقا ومنجزا على مال وبدونه على وجه التدبير وغيره مطلقا عما يأتي من الزمان ومقيدا به (قوله فلابد من تعليق أصل الطلاق بمشيئتها) لانه لو لم يتعلق أصله بمشيئتها حتى وقع دونها وقع موصوفا البتة ضرورة عدم انفكاك الذات عن الوصف فقد ثبت وصف لا بمشيئتها وقد كان كل وصف بمشيئتها هذا خلف وأبو حنيفة يقول حقيقة قوله أنت طالق تنجيز لاصل الطلاق جاعلا صفته على مشيئتها ومن ضرورة اثبات أصله اثبات وصف الرجعة فكان في نفس كلامه هذا مخصصا بعض الاوصاف من عمومها بقي أي الامرين أولى تخصيص العام للمحافظة على حقيقة اللفظ التي هي تنجيز أصل الطلاق أو اعتبار أصله معلقا للمحافظة على حقيقة العموم والنظر في ترجيح الاول لان تخصيص العام أغلب من اعتبار المنجز معلقا لانه لا يكاد يثبت وأما ما رجح به في الكافي من أن بتقدير قولهما يبطل الاستيصاف والكلام يحمل على التخصيص دون التعطيل فانما يتم لو كان كيف في التركيب للاستيصاف ولا يخفى أن معنى الاستخبار هنا غير مراد أصلا بل تركيب كيف شئت مجاز عن كل كيفية شئتها كقوله تعالى أفلا ينظرون الى الابل كيف خلقت أي ينظرون الى كيفية خلقها فان قلت فلم لم يعتبر كيف شرطا وهو أحد استعمالها فيترجح قولهما لان تعليق أصل الطلاق حينئذ حقيقة اللفظ فالجواب لا يجوز لان شرط شرطيتها اتفاق فعلي الشرط والجزاء لفظا ومعنى نحو كيف تصنع أصنع وما قيل في توجيه قولهما ان غير المحسوس حاله وأصله سواء بناء على امتناع قيام العرض بالعرض فليس أحدهما قائما بالآخر بل كل منهما يقوم بالجسم فلزم منه كون الطلاق ليس موجودا بدون الكيفية بل كل من الطلاق وكيفيته سواء في الاصلية والفرعية فاذا تعلق أحدهما بمشيئتها تعلق الآخر فحاصله ذكر مبنى آخر غير ما تقدم من ضرورية تعلق الاصل على ما ذكرنا وهو ضعيف اذ المبنى ليس الا التلازم فما يثبت لاحدهما يثبت للآخر ولا دخل لامتناع قيام العرض بالعرض في ذلك

الاشكال فما قرع سمعي جوابه فيجب التعويل على ما ذكره الطحاوي ولقائل أن يقول لامناسبة لهذا التفويض لعامة التفويضات الا في كونه تفويضا وذلك ليس بجامع لوجود الفارق وهو ان المفوض ههنا متنوع دونها فيكون في وجوب التعويل نظر توضيحه ان المتأخر الى المشيئة ما علق بها والتعليق بالمشيئة انما حصل بكلمة كيف لان قوله أنت طالق ليس فيه شئ منه وهي لا تعلق لها بالاصل أصلا فيكون منجزا أصل الطلاق ومفوضا لوصفه المتنوع وتفويض وصف الشئ مبهما قبل وجود الاصل يمنع الا ان في غير المدخول بها الأثر للمشيئة الوصف بعد وقوع الاصل لعدم المحل فيلغو تفويض الصفة الى مشيئتها وفي الموطوءة المحل باق بعد وجود الاصل فلها المشيئة بعد وقوعه وقوله (وعلى هذا

الخلاف العتاق) يعني اذا قال لعبده أنت حر كيف شئت عتق عند أبي حنيفة ولا حال للعتق يفوض اليه وعندهما لا يعتق حتى يشاء وانما قال في الكتاب (قال في الاصل هذا قول أبي حنيفة) لان ما أورده في الاصل من مسائل الجامع الصغير وليس فيه ذكر قولهما وانما ذكر الرواية فيه على قول أبي حنيفة لا غير فذكره ليتبين ان ما ذكره في الجامع الصغير انما هو قوله لا قولهما بدليل ما ذكر في الاصل

(قوله وجوابه انه فوض اليها حال الطلاق الخ) أقول فيه بحث (قوله وهي مشتركة بين الكم والكيف) أقول فيه بحث (قوله وهو ان المفوض ههنا متنوع الخ) أقول فيه ان التفويض هنا على سبيل التعميم لكل صفة فكون المفوض متنوعا لا يفيده

(وان قال لها أنت طالق كم شئت أو ماشئت طلقت نفسها ماشاءت) ذكر في أصل رواية الجامع الصغير ان شاءت طلقت نفسها واحدة أو ثنتين أو ثلاثا مالم تقم من مجلسها فان قيل كيف يباح لها أن تطلق نفسها ثلاثا والزوج لا يسعه أن يطلقها ثلاثا أجيب بانه يجوز أن يكون المراد بقوله ان شاءت طلقت نفسها ثلاثا مشيئة القدرة لا مشيئة الاباحة يعني انها تقدر على ذلك كقوله تعالى فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر على انه روى عن الحسن بن زياد عن أبي حنيفة ان ذلك مباح لها في التخيير ووجه الاختصاص اضطرارها فان التفريق يخرج الامر من يدها وقوله (لانهما يعني كم وما يستعملان للعدد فقد فوض اليها أي عدد شاءت) فان قيل هذا

(وان قال لها أنت طالق كم شئت أو ماشئت طلقت نفسها ماشاءت) لانهما يستعملان للعدد فقد فوض اليها أي عدد شاءت (فان قامت من المجلس بطل وان ردت الامر كان ردا) لان هذا أمر واحد وهو خطاب في الحال فيقتضي الجواب في الحال (وان قال لها طلقي نفسك من ثلاث ماشئت فلها أن تطلق نفسها واحدة أو ثنتين ولا تطلق ثلاثا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا تطلق ثلاثا ان شاءت) لان كلمة ما محكمة في التعميم وكلمة من قد تستعمل للتمييز فيحمل على تمييز الجنس

فالتقرير ما قررناه (قوله ولو قال لها أنت طالق كم شئت أو ماشئت طلقت نفسها ماشاءت) واحدة أو ثنتين أو ثلاثا ويتعلق أصل الطلاق بمشيئتها بالاتفاق بخلاف مسئلة كيف شئت على قوله وهذا لان كم اسم للعدد فكان التفويض في نفس العدد والواقع ليس الا العدد اذا ذكر فصار التفويض في نفس الواقع فلا يقع شئ مالم تشأ والقياس أن لا يباح لها أن تطلق نفسها ثلاثا كما لا يباح للزوج لكن روى الحسن عن أبي حنيفة انه يباح لها في التخيير ووجهه ماذكره في الفوائد الظهيرية في المسئلة الآتية قال لو طلقت نفسها ثلاثا على قولهما أو ثنتين على قول أبي حنيفة لا يكره لانها مضطرة الى ذلك لانها لو فرقت خرج الامر من يدها بخلاف مالو أوقع الزوج ذلك وعلى هذا فافي أصل رواية الجامع الصغير في هذه المسئلة من قوله ان شاءت طلقت نفسها واحدة أو ثنتين أو ثلاثا مالم تقم من مجلسها لا يحتاج الى حمله على مشيئة القدرة لا مشيئة الاباحة ثم الواحد عدد على اصطلاح الفقهاء لما تنكر من اطلاق العدد وارادته وماشئت تعميم العدد فتقريره تقريره وأورد ان كلمة ما كما تستعمل للعدد تستعمل للوقت نحو مادام فوقع الشك في تفويض العدد فلا يثبت أجيب بأنه معارض بالمثل بان يقال لو أعملناها بمعنى الوقت لا يبطل بالقيام عن المجلس ولو أعملناها بمعنى العدد يبطل فوقع الشك في ثبوته فيما وراء المجلس فلا يثبت فيه بالشك فتعارضا وترجح اعتبارها للعدد بان التفويض تمليك مقتصر على المجلس مالم يكن موقتا وانما يكون لو كانت معتبرة بمعنى العدد ولانه المتبادر من ذلك بخلاف الزمان فانه انما يتبادر حالة وصلها بدام ثم (ان ردت الامر) بان قالت لا أطلق (كان ردا) لان هذا أمر واحد بخلافه بكلما وقوله (خطاب في الحال) احتراز عن اذا ومتى يعني هذا تمليك منجز غير مضاف الى وقت في المستقبل فاقتضى جوابا في الحال (قوله وان قال لها طلقي نفسك من ثلاث ماشئت فلها أن تطلق نفسها واحدة وثنتين) بالاتفاق واختلفوا في الثلاث فلا تطلق عند أبي حنيفة ثلاثا وبه قال الشافعي وأحمد وتطلق عندهما ان شاءت (لان كلمة ما محكمة في العموم وكلمة من قد تستعمل للتمييز) أي للبيان كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان وغيره صلة ليغفر لكم من ذنوبكم وتبعيضا نحو أكلت من الرغيف (فيحمل على تمييز الجنس) محافظة على عموم ما أي بيان الجنس

في كم مسلم وأما في ما فهي مستعملة للوقت كما تستعمل للعدد قال الله تعالى مادمت حيا فقد وقع الشك في تفويض العدد اليها فلا يثبت العدد بالشك أجيب بان جانب العدد مرجح باصل آخر وهو ان هذا تفويض بمعنى التمليك لانه تفويض الى المرأة أمر نفسها والتمليكات تقتصر على المجلس وذلك انما يكون ان لو كانت معمولة بمعنى العدد لا بمعنى الوقت وفيه نظر لان فيه معنى التعليق فيتوقف على ماوراء المجلس فتعارض جهتا الترجيح والجواب انه تمليك فيه معنى التعليق والاول كالاصل فالترجيح به أولى (فان قامت عن المجلس بطل الامر) لما ذكرنا انه تمليك والتمليك يقتصر على المجلس (وان ردت الامر كان ردا لان هذا أمر واحد) اذ ليس فيه مايدل على التكرار وقيل هو احتراز عن كلما وكل ماهو امر واحد يقتضي جوابا واحدا ليكون الجواب مطابقا للسؤال وذلك الجواب الواحد ينبغي ان يكون في الحال اذ ليس في كلامه مايدل على الوقت مرادا قيل وهو احتراز عن اذا ومتى والخطاب في الحال يقتضي الجواب في الحال لما قلنا فاذا ردت الامر فقد حصل الجواب في الحال ولا جواب بعده لعدم التكرار (وان قال لها طلقي نفسك من ثلاث ماشئت فلها أن تطلق نفسها واحدة وثنتين دون الثلاث عند أبي حنيفة وقالا لها أن تطلق ثلاثا لان كلمة ما محكمة في التعميم وكلمة من قد تكون للتمييز) يعني للبيان كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان وقد تكون للتبعيض وقد تكون لغيرهما كما عرف ذلك فاجتمع في كلامه المحكم بخلاف

قال المصنف (وهو خطاب في الحال) أقول احتراز عن اذا ومتى يعني ان هذا تمليك منجز غير مضاف الى وقت في المستقبل

كما اذا قال كل من طعامي ماشئت أو طلق من نسائي من شاءت ولابي حنيفة ان كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم فعمل بهما وفيما استشهدا به ترك التبعيض بدلالة اظهار السماحة أو لعموم الصفة وهي المشيئة حتى لو قال من شئت كان على هذا الخلاف والله تعالى أعلم بالصواب .

بخلاف ما لو حملت على التبعيض يعني فيكون بيان أن المراد الثلاث من الطلاق دون سائر الاعداد منه وان كان لا يتصور في الطلاق عدد الا الثلاث فذلك شرعا أما في الامكان فيمكن أن تطلق عشرين ومائة وغيرهما وان كان حكمه في الشرع المنع فالمعنى طلق نفسك العدد الذي هو الثلاث دون سائر الاعداد وعلى قولهما يكون التفويض في الثلاث خاصة فصحة تطليقها واحدة باعتبار ملكها ما دخلت فيه كما تقدم في طلقي نفسك ثلاثا (كما لو قال كل من طعامي ما شئت) له أ كل الكل (وطلق من نسائي من شاءت) فشئن كلهن له أن يطلقهن بخلاف ما اذا حملناها على التبعيض فانه حينئذ يبطل عموم ما (ولابي حنيفة ان كلمة من حقيقة في التبعيض) اذا دخل على ذي ابعاض والطلاق منه (وما للتعميم فيعمل بهما) عن في معناها في مثله وبما في عموم مخصوص ضرورة اعمال من في معناها في مثله بخلاف حمل من على البيان فان ضابطه صحة وضع الذي مكانها وصلاحية دخولها مع ضمير منفصل مثاله فاجتنبوا الرجس من الاوثان أي الرجس الذي هو الاوثان ولا يحسن هنا طلقي نفسك ما شئت الذي هو الثلاث فان ما موصول معرفة فلا بد من كون موصوفها معرفة وهو هنا العدد فتحل الى طلقي نفسك العدد الذي شئته الذي هو الثلاث ويستلزم سبق العهد بالعدد الذي شاءته أو تشاؤه وانه هو الثلاث فيكون التفويض ابتداء انما هو في الثلاث وانما تملك أن تطلق نفسها واحدة لانها جزء ما ملكته بالتفويض كقوله طلقي نفسك ثلاثا لها أن تطلق واحدة وليس المعنى على هذا بخلاف التبعيض حيث لا يستلزم نبوة اذ المعنى طلقي نفسك عددا شئته على ان ما نكرة موصوفة بالجملة والجار والمجرور في موضع الحال من الضمير الرابط المحذوف قيد في العدد مزيل من ابهامه ﴿فروع﴾ قال أنت طالق ثلاثا الا أن تشائي واحدة فشاءت واحدة طلقت واحدة وقال محمد لا يقع شئ لان معناه ان لم تشائي واحدة وأنت طالق ثلاثا فاذا شاءت واحدة لا يقع شئ ولابي يوسف انه أثبت لها مشيئة الواحدة فاذا شاءتها تقع ولو قال طلقها ان شاء الله وشئت وأنت طالق ان شاء الله وفلان أو ما شاء الله وفلان لا يقع بالمشيئة من فلان شئ لانه عطف على باطل فيبطل ولو قال حين شئت فهو بمنزلة قوله طلقها اذا أو متى شئت لان حين للوقت ولو قال ان شئت فأنت طالق اذا شئت أو متى شئت فلها مشيئتان مشيئة في الحال ومشيئة في عموم الاحوال لانه علق بمشيئتها في الحال طلاقا معلقا بمشيئتها في أي وقت شاءت فاذا شاءت في المجلس صار كأنه قال أنت طالق اذا شئت لان المعلق كالمرسل عند الشرط ولو قال لامرأتيه اذا شئتما فأنتما طالقان فشاءت احداهما أو شاءتا طلاق احداهما لا يقع لان الشرط مشيئتهما طلاقهما ولم يوجد ولو قال لاثنين ان شئتما فهي طالق ثلاثا فشاء أحدهما واحدة والآخر ثنتين لم يقع شئ لان الشرط مشيئتهما الثلاث بخلاف ما لو قال لهما طلقاها ثلاثا فطلقها أحدهما واحدة والآخر ثنتين وقع الثلاث لان كل واحد ينفرد بايقاع الثلاث فيصح ايقاعه لبعضها ولو قال ان شئت فأنت طالق ثم قال لاخرى طلاقك مع طلاق هذه وقع عليهما بمشيئة الاولى ان نوى الزوج والا فلا لانه يحتمل طلاقك مع طلاق هذه في الوقوع ويحتمل في الملك أي كلاهما مملوكان لي فأيهما نوى صدق ولو قال طالق ان شئت وأبيت أو ان شئت ولم تشائي لم تطلق أبدا لانه جعل المشيئة والاباء شرطا واحدا ولا يمكن اجتماعهما ولو قال ان شئت وان لم تشائي فشاءت في المجلس طلقت ولو قامت بلا مشيئة تطلق أيضا كما لو قال ان دخلت أو لم تدخلي أما لو أخر الطلاق فقال ان شئت وان لم تشائي فأنت طالق لا تطلق أبدا ولو قال أنت طالق ان شئت وان أبيت فان

والمحتمل فيحمل المحتمل على المحكم ويجعل بيانا (كما اذا قال كل من طعامي ماشئت أو طلق من نسائي من شاءت ولابي حنيفة ان كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم والعمل بهما ممكن) من حيث ان يجعل المراد بعضا عاما والثنتان كذلك لانه بالنسبة الى الواحدة عام وبالنسبة الى الثلاث بعض فان قيل فعلى هذا لا يتناول الواحد لانه ليس بعام أجيب بانه يتناوله دلالة واذا كان العمل بهما ممكنا لا يهمل أحدهما (وفيما استشهدا به ترك التبعيض) بدليل خارجي (وهو اظهار السماحة أو لعموم الصفة وهي المشيئة) فان النكرة اذا اتصفت بصفة عامة تعم كما عرف وههنا كذلك (حتى لو قال من شئت كان على الخلاف) قيل ثم انها ان طلقت

شاءت يقع وان أبت يقع وان سكتت حتى قامت من المجلس لا يقع وكذا ان شئت أو أبيت وفي طالق
ان أبيت أو كرهت طلاقك فقالت أبيت تطلق ولو قال ان لم تشائي طلاقك فأنت طالق فقالت لا أشاء
لا تطلق لان لفظ أبيت لايجاد الفعل الذي هو الاباء وقد وجد وأما لفظ لم تشائي فللعدم لا للايجاد وعدم
المشيئة لا يتحقق بقولها لا أشاء لان لها ان تشاء من بعد وانما يتحقق بالموت وفي أنت طالق واحدة ان
شئت فقالت شئت نصف واحدة لم تطلق عند أبي يوسف ولو قال لها طلقي نفسك وقال لها آخر
اعتقي عبدك فبدأت بعتق العبد خرج الامر من يدها ولو كان الآمر بالعتق زوجها فبدأت بالعتق
لا يبطل خيارها في الطلاق وعنه لو قال لها أنت طالق ان شئت للسنة واحدة فلها المشيئة الساعة لا عند
الطهر فان شاءت الساعة وقعت عند الطهر وعلى قياس قول أبي حنيفة ان كانت حائضا فلها المشيئة
حين تطهر على احدى الروايتين عنه فانه ذكر في باب المشيئة من طلاق الاصل لو قال ان شئت فأنت
طالق غدا فالمشيئة اليها للحال بخلاف أنت طالق غدا ان شئت فان المشيئة اليها في الغد وهذا عند أبي
حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف المشيئة اليها في الغد في الفصلين وقال زفر المشيئة للحال فيهما وذكر في
الامالي الخلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف على العكس وفي المنتقى برواية بشر عن أبي يوسف عن أبي
حنيفة إذا قال أنت طالق غدا ان شئت أو أنت طالق ان شئت غدا فلها المشيئة غدا وقالا ان قدم المشيئة
على الغد فلها المشيئة للحال وان أخرها فلها المشيئة غدا وفرع على هذا لو قال اختاري غدا ان شئت
أو اختاري ان شئت غدا أو أمرك بيدك غدا ان شئت أو أمرك بيدك ان شئت غدا فالمشيئة في
الغد في الحالين عند أبي حنيفة وكذا إذا قال طلقي نفسك غدا ان شئت أو طلقي نفسك ان شئت غدا
أو ان شئت فطلقي نفسك غدا لم يكن لها أن تطلق نفسها الا في الغد عنده وقالا ان قدم المشيئة فلها ان
تطلق نفسها فتقول في الحال طلقت نفسي غدا والمذكور في الكافي وشرح الصدر الشهيد أنت
غدا طالق ان شئت فقالت الساعة شئت كان باطلا انما لها المشيئة في الغد بخلاف قوله ان شئت
فأنت طالق غدا فان لها المشيئة في مجلسها لان في الثاني علق بالمشيئة طلاقا مضافا الى غد ولو علق
بالمشيئة طلاقا منجزا تعتبر المشيئة حالا حتى لو قامت بطلت مشيئتها فكذا اذا علق به طلاقا مضافا
وفي الاول بدأ باضافة الطلاق الى الغد ثم جعل ذلك معلقا بمشيئتها فتراعى المشيئة في ذلك الوقت وروى
أبو يوسف عن أبي حنيفة ان في الفصلين تراعى المشيئة في غد وعند زفر تعتبر المشيئة فيهما حالا ولو قال
لها أنت طالق اذا شئت ان شئت أو أنت طالق ان شئت إذا شئت فهما سواء تطلق نفسها متى شاءت
وعند أبي يوسف ان أخر قوله ان شئت فكذلك وان قدمه تعتبر المشيئة في الحال فان شاءت في المجلس
تطلق نفسها بعد ذلك اذا شاءت ولو قامت من المجلس قبل ان تقول شيأ أبطل وقال شمس الائمة فيما
قدمنا من ان ان شئت فأنت طالق اذا شئت هنا مشيئتان الاولى على المجلس والاخرى مطلقة اليها معلقة
بالمؤقتة فمتى شاءت بعد هذا طلقت قال وان لم تقل شئت حتى قامت من المجلس فلا مشيئة لها ولا فرق
بين ان يقول ان شئت الساعة أو لم يذكر الساعة ولو قال أنت طالق وطالق وطالق ان شاء زيد فقال
زيد شئت واحدة لا يقع شيء لانه ما شاء الثلاث وكذا لو قال شئت أربعا ولو قال أنت طالق ان شئت
واحدة وإن شئت اثنتين فقالت شئت وقع الثلاث ولو قال اخرجي ان شئت ينوي به الطلاق فشاءت
ولم تخرج وقع نظيره قالت لزوجها طلقني وطلقني وطلقني فقال الزوج طلقت فهي ثلاث ولو قالت
طلقني طلقني طلقني بلا واو فطلق فان نوى واحدة فهي واحدة وان نوى ثلاثا فثلاث ولو قالت
لزوجها تريد ان أطلق نفسي فقال الزوج نعم فقالت طلقت يتطر ان نوى الزوج التفويض وقع وان
نوى الرد يعني طلقي ان استطعت لا يقع

نفسها ثلاثا لا يقع شيء عند أبي حنيفة لان مذهبه ان المفوض اليها الواحدة اذا طلقت نفسها ثلاثا لا يقع فكذا التي فوض اليها ثنتان اذا طلقت نفسها ثلاثا لا يقع وقدمر والله أعلم

لما فرغ من بيان تنجيز الطلاق صريحا وكناية اعقبه بذكر بيان تعليقه لكونه مركبا من ذكر الطلاق والشرط والمركب مؤخر عن المفرد واليمين في الطلاق عبارة عن تعليقه بأمر بما يدل على معنى الشرط فهو في الحقيقة شرط وجزاء سمي يمينا مجازا لما فيه من معنى السببية اضافة ما يحتمل التعليق في الشرط كالطلاق والعتاق والظهار الى الملك جائزة سواء كانت على الخصوص كما اذا قال لامرأة ان تزوجتك فأنت طالق أو على العموم كقوله كل امرأة اتزوجها فهي طالق وهو قول عمر

روى ذلك عنه في الظهار وقال الشافعي لا يصح وهو قول ابن عباس واستدل على ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام لا طلاق قبل النكاح روى عن عبد الله ابن عمرو بن العاص انه خطب امرأة فأبى أولياؤها أن يزوجوها منه فقال ان نكحتها فهي طالق ثلاثا فسئل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا طلاق قبل النكاح

﴿ باب الايمان في الطلاق ﴾

(واذا أضاف الطلاق الى النكاح وقع عقيب النكاح مثل أن يقول لامرأة ان تزوجتك فأنت طالق وكل امرأة أتزوجها فهي طالق) وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يقع لقوله صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح

﴿ باب الايمان في الطلاق ﴾

اليمين في الاصل القوة قال الشاعر

ان المقادير بالاوقات نازلة * ولا يمين على دفع المقادير

أي لا قوة وسميت احدى اليدين باليمين لزيادة قوتها بالنسبة الى الاخرى وسمي الحلف بالله يمينا لافادته القوة على المحلوف عليه من الفعل أو الترك والحمل عليه بعد تردد النفس فيه ولا شك في افادة تعليق المكروه للنفس على أمر بحيث ينزل شرعا عند نزوله قوة الامتناع عن ذلك الامر وتعليق المحبوب لها على ذلك الحمل عليه فكان يمينا (قوله واذا أضاف الخ) استعملها في المفهوم اللغوي والا فالمثال لا يطابق لانه تعليق لا اضافة (قوله وقال الشافعي لا يقع) ونقل عن علي وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم وبه قال أحمد وقال مالك ان خص بلدا أو قبيلة أو صنفا أو امرأة صح وان عم مطلقا لا يجوز اذ فيه سد باب النكاح وبه قال ربيعة والاوزاعي وابن أبي ليلى أما لو قال كل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي فانه يصير مظاهرا مع العموم لان الحرمة ترتفع بالتكفير وعندنا لا فرق بين العموم وذلك الخصوص الا ان صحته في العموم مطلق يعني لا فرق بين ان يعلق باداة الشرط أو بمعناه وفي المعينة يشترط ان يكون بصريح الشرط فلو قال هذه المرأة التي أتزوجها طالق فتزوجها لم تطلق لانه عرفها بالاشارة فلا تؤثر فيها الصفة أعني أتزوجها بل الصفة فيها لغو فكأنه قال هذه طالق بخلاف قوله ان تزوجت هذه فانه يصح ولا بد من التصريح بالسبب في المحيط لو قال كل امرأة أجتمع معها في فراش فهي طالق فتزوج امرأة لا تطلق وكذا كل جارية أطؤها حرة فاشترى جارية فوطئها لا تعتق لان العتق لم يضف الى الملك ولو قال نصف المرأة التي تزوجنيها طالق فزوجه امرأة بأمره أو بغير أمره لا تطلق لان التعليق لم يصح ولو تزوج امرأة على انها طالق لم تطلق لانه تعذر جعله بدلا أو شرطا وكذا لو اشترى عبدا على انه حر لم يعتق ومذهبنا مروي عن عمر وابن مسعود وابن عمر تمسك الشافعي بقوله صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح أخرجه ابن ماجه من حديث المسور بن مخرمة قال صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح ولا عتق قبل ملك وعنده طريق أخرى عن علي رضي الله عنه يرفعه لا طلاق قبل النكاح انتهى وفيه جويبر وهو ضعيف وأخرج أبو داود والترمذي عنه صلى الله عليه وسلم لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك قال الترمذي حسن وهو

﴿ باب الايمان في الطلاق ﴾

(قوله لما فرغ من بيان تنجيز الطلاق صريحا الخ) أقول وفي أكثر التفويضات يقع الطلاق بعبارة النساء منجزا (قوله عبارة عن تعليقه بامر بما يدل الخ) أقول الباء في بما متعلق بتعليقه بعد ما تقيد بقوله بأمر فلا يلزم تعلق حرفين من جنس واحد بمعنى واحد بفعل واحد ولك ان تمنع اتحاد المعنى فان الثاني للاستعانة أو للملابسة والاول للالصاق (قوله واستدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما انه خطب امرأة فأبى أولياؤها ان يزوجوها منه فقال ان نكحتها فهي طالق ثلاثا فسئل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا طلاق قبل النكاح) أقول فعلى هذا لا يتوجه ما ذكره المصنف في معرض الجواب من قوله الحديث محمول على التنجيز إذ لا احتمال لكون ذلك الكلام طلاقا منجزا حتى يسألوا من رسول الله صلى الله عليه وسلم والحق ان ما في الكتاب اشارة الى ما أخرجه ابن ماجه من حديث المسور بن مخرمة قال صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح ولا عتق قبل الملك راجوا بعن حديث عبد الله منع صحته فليتأمل

ولنا ان هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء وكل ما هو كذلك لا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لان الوقوع عند الشرط اذ العلة ليست بعلة في الحال عندنا كما عرف في الاصول (والملك متيقن به عنده) أي عند وجود الشرط واذا كان متيقنا به عنده وقع الطلاق لوجود المقتضي وهو العلة لان المعلق بالشرط كالملفوظ لدى الشرط وانتفاء المانع لوجود الشرط وهو منقوض بقوله ان دخلت الدار فانت طالق فانه تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء وقيام الملك في الحال شرط لصحته والجواب ان الملك متيقن به عند الشرط في المتنازع فيه فلا يحتاج الى اشتراطه في الحال بخلاف صورة النقض فانه لو لم يشترط فيها ذلك عريت عن الملك ظاهرا لان

ولنا ان هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء فلا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لان الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده وقبل ذلك أثره المنع وهو قائم بالمتصرف والحديث محمول على نفي التنجيز والحمل مأثور عن السلف كالشعبي والزهري وغيرهما (واذا أضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق) وهذا بالاتفاق لان الملك قائم في الحال والظاهر بقاؤه الى وقت وجود الشرط

أحسن شيء روي في هذا الباب وأخرج الدارقطني عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل قال يوم أتزوج فلانة فهي طالق ثلاثا قال طلق ما لا يملك وأخرج أيضا عن أبي ثعلبة الخشني قال قال عم لي اعمل لي عملا حتى أزوجك ابنتي فقلت ان تزوجتها فهي طالق ثلاثا ثم بدا لي ان أتزوجها فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته فقال لي تزوجها فانه لا طلاق الا بعد النكاح قال فتزوجتها فولدت لي سعدا وسعيدا ولنا ان هذا تعليق لما يصح تعليقه وهو الطلاق فيلزم كالعتق والوكالة والابراء وما ظن مانعا من أنه رتب على النكاح ضد مقتضاه فيلغو وذلك لان النكاح شرع سببا لثبوت الوصلة وانتظام المصالح فلا يملك جعله سببا لانقطاعها بخلاف العتق يصح تعليقه بالملك لانه مندوب مطلوب للشرع فتعليقه به مبادرة الى المطلوب أما الطلاق فمحظور وانما شرع للحاجة بتباين الاخلاق غلط لان الحاجة كما تتحقق بعد الوصلة بالدخول كذلك قبل التزوج فان النفس قد تدعو الى تزوجها مع علمه بفساد حالها وسوء عشرتها او يخشى لحاجته او غلبتها عليه فيوقسمها بتعليق طلاقها بنكاحها فطامالها عن مواقع الضرر فيجب أن يشرع كما شرع تعليقه بخروجها لينظمها عنه لما فيه من الضرر عليه فتحقق المقتضي وهو تكلمه بالتعليق لما يصح بلا مانع بل هو أولى بالصحة من تعليق طلاق المنكوحة لما سيذكر والجواب عن الاحاديث المذكورة أما ما قبل الحديثين الاخيرين فمحمول على نفي التنجيز لانه هو الطلاق اما الطلاق المعلق فليس به بل له عرضية أن يصير طلاقا وذلك عند الشرط (والحمل مأثور عن السلف كالشعبي والزهري) قال عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر عن الزهري أنه قال في رجل قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق وكل أمة أشتريها فهي حرة هو كما قال فقال له معمر أوليس قد جاء لا طلاق قبل نكاح ولا عتق الا بعد ملك قال انما ذلك أن يقول الرجل امرأة فلان طالق وعبد فلان حر وقول المصنف (وغيرهما) تصريح بما يفهم من كاف التشبيه المشعرة بعدم الحصر خصوصا بعد قوله مأثور عن السلف يعطي أنه مأثور عن غيرهما أيضا أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن سالم والقاسم بن محمد وعمر بن عبد العزيز والشعبي والنخعي والزهري والاسود وأبي بكر بن عمرو بن حزم وأبي بكر بن عبد الرحمن وعبد الله بن عبد الرحمن ومكحول الشامي في رجل قال ان تزوجت فلانة فهي طالق أو يوم أتزوجها فهي طالق أو كل امرأة أتزوجها فهي طالق قالوا هو كما قال وفي لفظ يجوز عليه ذلك وقد نقل مذهبنا

الظاهر عدم ما يحدث فضلا عن التيقن به وهذا جواب بالفرق والمصنف قائل به وقوله (وقبل ذلك) أي وقبل وجود الشرط أثره المنع وهو قائم بالمتصرف لانه يمين ومحله ذمة الحالف فلا يكون شرطا في ذلك الوقت ومجال الكلام في هذه المسئلة واسع وقد ذكرناه في الانوار والتقرير وقوله (والحديث) يعني ما رواه الشافعي محمول على نفي التنجيز فان المنجز هو الطلاق حقيقة لا المعلق وتحقيقه انهم سألوه عليه الصلاة والسلام عن كون ذلك طلاقا فقال لا طلاق قبل النكاح وليس الكلام فيه وانما الكلام في ان تعليق الطلاق بالنكاح جائز أو ليس بجائز وليس في الحديث ما يدل على نفيه أو اثباته (والحمل على التنجيز مأثور عن السلف كالشعبي والزهري وغيرهما) كمكحول وسالم بن عبد الله (واذا اضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل أن يقول لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق وهذا بالاتفاق لان الملك قائم في الحال والظاهر بقاؤه الى وقت الشرط) ايضا لان الاصل بقاء الشيء على ما كان وهو استصحاب الحال لا يقال المحتاج اليه ثبوت الملك عند الشرط والاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة لان الاستصحاب لا يصلح حجة لاثبات ما لم يكن وليس الكلام فيه

قال المصنف (ولنا ان هذا تصرف يمين) أقول اضافة بيانية أي تصرف هو يمين (قوله وهو منقوض الخ) أقول في توجيه النقض ما لا يخفى (قوله وتحقيقه انهم سألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم الى قوله فقال لا طلاق قبل النكاح) أقول فيه بحث مرت الاشارة اليه

أيضا عن سعيد بن المسيب وعطاء وحماد بن أبي سليمان وشريح رحمة الله عليهم أجمعين وأما الحديثان الاخيران فلا شك في ضعفهما قال صاحب تنقيح التحقيق انهما باطلان ففي الاول أبو خالد الواسطي وهو عمر بن خالد قال وضاع وقال أحمد وابن معين كذاب وفي الاخير علي بن قرين كذبه ابن معين وغيره وقال ابن عدي يسرق الحديث بل ضعف أحمد وأبو بكر بن العربي القاضي شيخ السهيلي جميع الاحاديث وقال ليس لها أصل في الصحة ولذا ما عمل بها مالك وربيعة والاوزاعي فما قيل لم يرد ما يعارضها حتى يترك العمل بها ساقط لان الترجيح فرع صحة الدليل أولا كيف ومع عدم تقدير الصحة لادلالة على نفي تعليقه بل على نفي تنجيزه فان قيل لا معنى لحمله على التنجيز لانه ظاهر يعرفه كل أحد فوجب حمله على التعليق فالجواب صار ظاهرا بعد اشتهار حكم الشرع فيه لا قبله فقد كانوا في الجاهلية يطلقون قبل التزوج تنجيزا ويعدون ذلك طلاقا اذا وجد النكاح فنفى ذلك صلى الله عليه وسلم في الشرع في هذه الاحاديث وغيرها بقي لهم بعد ذلك ان يمنعوا كون المعلق ليس طلاقا فيخرج عن تناول النص بل هو طلاق تأخر عمله الى وجود الشرط كالبيع بشرط الخيار والجواب ان أهل العرف واللغة لا يفهمون من الطلاق تعليقه وكذا الشرع لو حلف لا يطلق امرأته فعلق طلاقها لا يحنث اجماعا ومما يؤيد ذلك ما في موطا مالك ان سعيد بن عمر بن سليم الزرقي سأل القاسم بن محمد عن رجل طلق امرأته ان هو تزوجها فقال القاسم ان رجلا جعل امرأته عليه كظهر أمه ان هو تزوجها فأمره عمر إن هو تزوجها أن لا يقربها حتى يكفر كفارة المظاهر فقد صرح عمر بصحة تعليق الظهار بالملك ولم ينكر عليه أحد فكان اجماعا والكل واحد والخلاف فيه أيضا وكذا في الايلاء اذا قال ان تزوجتك فوالله لا أقربك أربعة أشهر يصح فتى تزوجها يصير موليا فان قيل هذا التعليق انشاء تصرف في محل في حال لا ولاية له عليه فيلغو كتعليق الصبي بأن قال اذا بلغت فزوجته طالق وتعليق البالغ طلاق الاجنبية بغير الملك فلا بد أولا من بيان المراد بقولنا هو طلاق أوليس به اذ لا شك في أنه لفظ الطلاق والمراد انه ليس سببا في الحال لحكم الطلاق من العدة وغيرها تأخر عمله كالبيع بشرط الخيار وحينئذ نقول لا اشكال في أن كون الشئ سببا شرعا الثبوت حكم في محل لا يتصور بدون اتصاله بذلك المحل شرعا أعني أن يعتبر الشرع انه اتصل به سببا للحكم فيه لا بمجرد الاتصال في اللفظ فان سببيته ليست الا بايجابه الحكم في محل حلوله ملزوما للحكم فيحل حيث حل ولا ريب في أن الشرط يمنع من ذلك للقطع بانه لم يمن أنت طالق الآن بل اذا كان كذا فانت طالق اذ ذاك لا الآن فاذا كان ذلك يرتفع المانع وهو التعليق فحينئذ ينزل بالمحل سببا بخلاف البيع بشرط الخيار لانه لم يعلق البيع على منتظر بل أثبته في الحال غير انه جعل له خيار أن يفسخ ان لم يوافق غرضه رفقا به وهذا لا يمنعه من الوصول في الحال بل يحقق سببيته في الحال لو تأملت هذا التركيب وأما عدم اعتباره من الصبي فليس لعدم ولايته على المحل بل لعدم أهليته للتعليق كالتنجيز بخلاف البالغ فان افتقاره في التصرف الى المحل انما هو عند قصد التنجيز فيه للحال وما نحن فيه التزام يمين يقصد بها بالذات البر أعني منع نفسه من تزوجها وهذا يقوم به وحده فيتضمن هذا منع كونه تصرفا في المحل في حال عدم ولايته عليه بل تصرف مقتصر عليه الا انه لما كان الحنث أحد الجائزين وبتقديره ينعقد كلامه سببا وهو يستدعي المحلية وهما معا يتوقفان على ملك النكاح لزم لصحة كلامه في الحال ظهور قيام ملكه عند انعقاده ثم رأينا الشرع صححه مكتفيا بظهور قيامه عنده فيما اذا قال للمنكوحة ان دخلت الدار فأنت طالق فان قيام الملك عنده بناء على الاستصحاب فتصحيحه اياه مع تيقن قيامه أحرى وذلك في المتنازع فيه وهو تعليقه بالملك وبهذا حصل الجواب عن الاخير أعني تعليقه في الاجنبية بغير الملك ولهذا رأينا الشرع صحح قوله للامة اذا ولدت ولدا فهو حر حتى يعتق ما تلده مع عدم قيام ملك عتق الولد قبل الولادة فظهر ان قيام المحلية للحكم ليس شرطا لصحة التعليق ولعمري ان حل هذه المقاصد

اشتمل عليها عبارة المصنف بنهاية الايجاز وطلاوة الالفاظ وقوله ووقع عقيب النكاح يفيد ان الحكم يتأخر عنه وهو المختار لان الطلاق المقارن لا يقع كقوله أنت طالق مع نكاحك اذ لا يثبت الشئ منتفيا ومرجع ضميرأثره تصرف يمين وهو اضافة بيانية أى تصرف هو يمين وكذا هو فى قوله وهو قائم بالمتصرف أى فلا حاجة الى اشتراط المحل بل قيام ذمة الحالف فى ذلك كاف وقول مالك انه سد على نفسه باب النكاح قلنا فاذا يلزم اذ قد يكون عالم مصلحة فى ذلك دينا العلمه بغلبة الجور على نفسه أودنيا العدم يساره ولنفسه لحاج فيوئسها على انه يتصور تزوجه عندنا بان يعقد له فضولى ويجيزهو بالفعل كسوق الواجب اليها أو الوطء واعلم ان مقتضى ماذكر كون المضاف لا ينعقد سببا فى الحال كالمعلق لكنهم جعلوه سببا فى الحال نحو أنت طالق يوم يقدم فلان ولا فرق الا ظهور ارادة المضيف الايقاع بخلاف المعلق فان قصده البر فكان هذا المعنى المعقول صارفا للفظ عن قضيته ولا يعرى عن شئ مع ان نحو أنت طالق غدا واذا جاء غد واحد فى قصد الايقاع وهم يجعلون اذا جاء غد تعليقا غير سبب فى الحال والآخر سببا فى الحال وأما قولهم انه ينزل سببا عند الشرط كانه عند الشرط أوقع تنجيزا فالمراد الايقاع حكما ولهذا اذا علق العاقل الطلاق ثم جن عند الشرط تطلق ولو كان كالملفوظ حقيقة لم يقع لعدم أهليته ﴿ فروع ﴾ فى المنتقى ان تزوجت فلانة فهى طالق وان أمرت من يزوجنيها فهى طالق فأمر انسانا أن يزوجها منه طلقت لانهما يمينان احداهما على الامر والاخرى على التزوج ولو قال ان تزوجت فلانة وان أمرت من يزوجنيها فهى طالق فأمر انسانا أن يزوجها منه فتزوجها بنفسه طلقت لان اليمين واحدة والشرط شيآن وقد وجدا بخلاف ما لو كان الواقع مجرد الامر حيث لا تنحل اليمين وكذا لو تزوجها من غير أن يأمر أحدا لا تطلق لانه بعض الشرط فان أمر بعد ذلك رجلا فقال زوجنى فلانة وهى امرأته على حالها طلقت لكمال الشرط ولو قال ان تزوجت فلانة أو أمرت انسانا أن يزوجنيها فهى طالق فأمر غيره فزوجه تلك المرأة لم تطلق لانه حنث بالامر قبل تزويج المأمور فانحلت اليمين بلا وقوع شئ فلا يحنث بتزوجه بعده وعن أبى يوسف اذا قال ان تزوجت فلانة أو خطبتها فهى طالق فخطبها فتزوجها لا تطلق قال فى الكتاب لانه حنث بالخطبة فهذا يدل على أن اليمين منعقدة وهو رد على من قال اليمين غير منعقدة لان الشرط أحدهما واحدهما بعينه صالح والآخر لا فانه نص على الحنث حتى لو تزوج قبل الامر فى المسئلة التى قبلها وقبل الخطبة فى هذه المسئلة وقع بأن قال للمرأة ابتداء بحضرة رجلين تزوجتك بألف فقبلت طلقت وفى فوائد شمس الائمة الحلوانى لو قال ان تزوجت فلانة فهى طالق ان تزوجت فلانة فتزوج فلانة لا تطلق فان طلقها ثم تزوجها تطلق ووجهه انه اعتراض الشرط على الشرط كقوله ان تزوجتك فأنت طالق ان دخلت الدار لا تطلق حتى يتحقق مضمون الشرطين رجل له مطلقة فقال ان تزوجتها فحلال الله على حرام فتزوجها تطلق ولو قال لامرأته ان تزوجت عليك ماعشت فحلال الله على حرام ثم قال ان تزوجت عليك فالطلاق على واجب ثم تزوج عليها يقع على كل منهما تطليقة باليمين الاولى وتقع أخرى على واحدة منهما باليمين الثانية يصرفها الى أيتهما شاء هذا فى النوازل قال فى المحيط وفيه نظر وينبغى أن لا تطلق فى اليمين الثانية لان اليمين الثانية تعليق ايجاب الطلاق بالتزويج وانه لا يصح بخلاف تعليق نفس الطلاق وينبغى أن يقع باليمين الاولى طلاق احداهما يصرف الى أيتهما شاء ولان اليمين الاولى لما انصرفت الى الطلاق صار كانه قال زن ورا طلاق ومن قال ذلك وله امرأتان يقع على احداهما انتهى وفى نظره نظر أما قوله وينبغى أن لا تطلق فى اليمين الثانية الخ فبناء على ان التنجيز بالطلاق على واجب ليس بصحيح وأنت قد علمت ما فى ذلك من الاختلاف وان المختار وقوع الطلاق والمذكور فى النوازل بناء عليه وأما قوله وينبغى أن يقع باليمين الاولى طلاق احداهما الخ فليس بصحيح لان حلال الله عام استغراقى لا بدلى فيشمل الزوجتين معا

(قوله فيصح يمينا) يعنى عندنا على مامر (أو ايقاعا) يعنى عند الشافعى فان عنده كونه طلاقا معلقا لا التطليق فكان ايقاعا فى الحال ولكن لم يثبت فيه حكمه (ولا تصح اضافة الطلاق الا أن يكون الحالف مالكا) للمحلوف عليه (أو يضيفه الى ملك) لان الجزاء لابد أن يكون ظاهرا) أى غالب الوجود (والظهور بأحد هذين) الامرين أما أن الجزاء لابد أن يكون ظاهرا (فليكون مخيفا بوقوعه فيتحقق معنى اليمين وهو القوة) فان الحامل على الحمل أو المنع اللذين عقد اليمين لاجلهما هو قوة خوف نزول الجزاء والخوف انما يكون اذا كان الجزاء غالب الوجود عند الشرط وأما ان ظهوره بأحد هذين الامرين فلانه اذا انعدم ما انعدم الخوف فانعدم معنى اليمين أعنى الحمل أو المنع (والاضافة الى سبب الملك) كقوله ان اشتريتك فانت حر (بمنزلة الاضافة الى الملك) كقوله ان ملكتك فانت حر (لانه) أى الجزاء (ظاهر عند سببه) يعنى سبب الملك (قوله فان قال لاجنبية) تفريع على ما مهد من الاصل وهو ظاهر واعترض بانه لم لا يجوز أن يقدر تزوجتك حتى يؤل معناه ان تزوجتك ودخلت الدار فأنت طالق صيانة عن الالغاء وأجيب بأن فعل اليمين مما يذم به فلا يجوز تصحيح قوله على وجه يؤدى الى مذمته كذا قال عامة الشارحين وفيه نظر لان التعليق ليس بيمين حقيقة ولئن كان فقد يقع فيما يكون محمودا شرعا كما اذا قال ان اشتريتك ودخلت الدار فانت حر فان لصاحب الشرع عناية بوقوع الحرية والصواب ان يقال المقدر اما ان يكون محذوفا أو مقتضى وليس بمحذوف لان المذكور ليس يتوقف عليه لغة ولا مقتضى لان من شرطه ان يكون المقدر احط رتبة من المذكور وأن لا يتغير المذكور عند التصريح بالمقدر والشرطان منتفيان أما الاول فظاهر لان التزوج أعلى رتبة من دخول الدار واما الثانى فلان الشرط قبل التصريح دخول الدار وحده وبعده التزوج والدخول فما كان شرطا صار بعضه وموضعه أصول الفقه

فيصح يمينا أو ايقاعا (ولا تصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا أو يضيفه الى ملك) لان الجزاء لابد ان يكون ظاهرا ليكون مخيفا فيتحقق معنى اليمين وهو القوة والظهور بأحد هذين والاضافة الى سبب الملك بمنزلة الاضافة اليه لانه ظاهر عند سببه (فان قال لاجنبية ان دخلت الدار فأنت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق) لان الحالف ليس بمالك ولا أضافه الى الملك أو سببه ولابد من واحد منهما

فقد حرمهما وزن وبر الطلاق ليس مثله لان معناه امرأته وهو انما يتناول الواحدة فقد أوقع الطلاق على واحدة مبهمة فاليه تعيينها واذا قال كل امرأة أتزوجها طالق فزوجه فضولى فأجاز بالفعل بأن ساق المهر ونحوه لا تطلق بخلاف ما اذا وكل به لانتقال العبارة اليه (قوله فيصح يمينا أو ايقاعا) أى فيصح التعليق المذكور يمينا عندنا لانه لا يعمل عندنا فى الحال أو ايقاعا عند الشافعى لانه عنده سبب فى الحال (قوله ولا تصح اضافة الطلاق الا أن يكون الحالف مالكا أو يضيفه الى ملكه لان الجزاء لابد أن يكون ظاهر الوجود) أى ظاهرا وجوده عند الفعل وقوله وهو القوة أى على الامتناع هنا (قوله والظهور باحد هذين) لفظ الظهور هنا بالمعنى اللغوى وكذا لفظ ظاهر المذكور آنفا وما كان ظاهر الوجود فتعلق الادراك به قد يكون على وجه الظهور بالمعنى العرفى الخاص وقد يكون على وجه القطع والحاصل ان قوله للاجنبية ان دخلت الدار فأنت طالق حين صدر لا يصح جعله ايقاعا لعدم المحل ولا يمينا لعدم معنى اليمين وهو ما يكون حاملا على البر لاخافته لانه لم يصدر مخيفا لعدم ظهور الجزاء عند الفعل لعدم ظهور ثبوت المحلية عند وجود الشرط لا يقال لم يكن الامر فيه موقوفا على العاقبة ان تزوجها ظهر كونه يمينا والا فهو على الاحتمال الى أن يموت أحدهما لانا نقول تحقق عدم اليمين حال صدوره لانتفاء حقيقته فانه لم يقع مخيفا فلم يقع يمينا فلا تحقق يمين فى الوجود الا بلفظ آخر ومعنى الاخافة هنا اخافة لزوم نصف المهر ان تزوجها لانه حينئذ يقع الطلاق فيجب المال فيمتنع عن التزوج خوفا من ذلك وقد أورد على هذا قوله اذا حضت فأنت طالق فانه يمين مع انه لا حمل فيه ولا منع باخافة وأجيب بأن العبرة للغالب لا للشاذ (قوله والاضافة الى سبب الملك) يعنى التزوج (بمنزلة الاضافة اليه) وقال بشر المريسى لا يصح لان الملك يثبت عقيب سببه فاذا كان الشرط هو ذلك السبب اقترن الملك والوقوع والطلاق المقارن لثبوت ملكه أو لزواله لا يقع كطالق مع نكاحك أو مع موتى بخلاف ما اذا علقه بنفس الملك فانه حينئذ يتقدم الملك والجواب ما قال محمد حمل الكلام على الصحة أولى من الغائه فيكون قد ذكر السبب وأراد به المسبب فتقدير قوله ان تزوجتك ان ملكتك بالتزوج لكن تعليل المصنف بقوله لانه ظاهر عند سببه ينبو عن هذا الا أن يجعل بيان وجه التجوز بالسبب عن المسبب وهو بعيد اذ ليس هذا موضعه بل هو فى هذا الفن من المسلمات وكان سبب عدول المصنف عنه انهم دفعوا الوارد على قولهم فى قوله لاجنبية ان دخلت الدار فأنت طالق فتزوجها فدخلت لا تطلق من انه لم يعتبر تمام الكلام مضمرا تصحيحا والتقدير ان تزوجتك فدخلت حتى يصح ويقع به كما قال به ابن أبى ليلى لان اليمين مذموم فى الشرع أو غير مطلوب فلا يحتال فى تصحيحه وهذا ينافى ذلك الجواب ويكفى فى جواب ابن أبى ليلى ما قدمه المصنف لكن لا يخفى ورود أن يقال اما أن يراد بالسبب المسبب أو حقيقته والاول تصحيح

(قوله وفيه نظر لان التعليق الخ قوله والصواب ان يقال) أقول فيه بحث

(قال والفاظ الشرط) عبر بالفاظ الشرط ولم يقل حروف الشرط كما قال بعضهم لان عامتها اسماء ولم يورد احد حرفي الشرط وضعا وهو لو قال في النهاية لان كلمة لو تعمل عمل الشرط معنى لا لفظا وهذه الالفاظ تعمل عمله لفظا ومعنى فانها في مواضع الجزم تجزم وفي غير مواضع الجزم لزم دخول الفاء في جزائهن بخلاف كلمة لو وهذا لا مدخل له في علم الفقه والصواب أن يقال قد تقدم أن التعليق يمين تعقد للحمل أو المنع وذلك انما يكون في المستقبل ولو موضوعة لامتناع الشيء لامتناع غيره في الماضي فانى له مدخل في ذلك وقوله (لان الشرط مشتق من العلامة) قال في الصحاح الشرط بالتحريك العلامة وأشراط الساعة علاماتها فعلى هذا يكون معنى ما ذكر في الكتاب أن الشرط مشتق من الشرط الذي هو بمعنى العلامة لان المراد بالاشتقاق هو الاشتقاق الكبير وهو أن تجد بين اللفظين تناسبا في اللفظ والمعنى وليس بين الشرط والعلامة تناسب لفظي فبتقدير ذلك يستقيم وقوله (وهذه الالفاظ مما تليها الافعال) يعني غير كلمة كل فانه يذكر فيما يليها الاسم وفي كلامه نظر لانه استدلال على الموضوعات اللغوية وليس ذلك طريق معرفتها وانما طريق ذلك السماع وهذه الالفاظ سمعت مستعملة في موضع الشرط فلا حاجة الى الاستدلال ولئن صح الاستدلال فدليله ههنا لا يفيد مطلوبه لان مطلوبه ان هذه ألفاظ الشرط ودليله لان الشرط مشتق من العلامة وهو مسلم على الوجه الذي قررناه وهذه الالفاظ مما يليها الافعال وهذا أيضا مسلم لكن قوله فتكون علامات على الحنث ليس بلازم للمقدمتين المذكورتين وهو ظاهر وكلامه واضح

(وألفاظ الشرط إن وإذا وإذا ما وكل وكلما ومتى ومتى ما) لان الشرط مشتق من العلامة وهذه الالفاظ مما تليها أفعال فتكون علامات على الحنث ثم كلمة ان حرف للشرط لانه ليس فيها معنى الوقت وما وراءها ملحق بها وكلمة كل ليست شرطا حقيقة لان ما يليها اسم والشرط ما يتعلق به الجزاء والاجزية تتعلق بالافعال الا أنه الحق بالشرط لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها مثل قولك كل عبد اشتريته فهو حر

اليمين فيلزم مثله في المنقول عن ابن أبي ليلى وعلى الثاني يرد ما قال بشر المريسي والاولى أن يدفع ما قال ابن أبي ليلى بأنه لا طريق الى تحقيق تلك الارادة لانتفاء الحقيقة وطريق المجاز بخلاف ما نحن فيه وعلى هذا لا يحسن المذكور في الكتاب أيضا بل الاولى أن يقال الاضافة الى سبب الملك مراد بها الاضافة الى الملك كما أجاب به محمد رحمه الله ﴿ فروع ﴾ لو قال ان تزوجتك فأنت طالق قبله ثم نكحها يوقعه أبو يوسف لانه علقه بالنكاح وذكر معه وقتا لا يقدر على ايقاعه فيه فلغا ذكر الوقت وبقي التعليق وقالا لا يقع لان المعلق كالملفوظ عند الشرط ولو قال وقت النكاح أنت طالق قبل أن أنكحك لا تطلق كذا هذا ولو قال لوالديه ان زوجتماني امرأة فهي طالق ثلاثا فزوجاه امرأة بغير أمره لا تطلق لان التعليق لم يصح لانه غير مضاف الى ملك النكاح لان تزويج الوالدين له بغير أمره غير صحيح ولو قال رجل لاجنبية ما دمت في نكاحي فكل امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوجها ثم تزوج غيرها لا تطلق أما اذا قال لها ان تزوجتك فما دمت في نكاحي فكل امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوجها ثم تزوج غيرها تطلق (قوله وألفاظ الشرط الخ) ومن جملتها لو ومن وأي وأيان وأين وانى وجميعها تجزم الا لو واذا وقيل يجزم بها اذا زيد بعدها ما والمشهور انه انما يجزم باذا في الشعر وكذا بلو قال لو يشأ طار به ذو ميعة * (قوله لان الشرط مشتق من العلامة) يعني من اللفظ الدال على العلامة وهو الشرط بالتحريك قال تعالى فقد جاء أشراطها أي علاماتها وهذا لان الاشتقاق لا بد فيه من الاشتراك في المادة ولا مشاركة بين لفظ علامة وشرط (قوله فتكون علامات) أي يكون وجود الافعال علامات على الحنث والحنث هو وقوع الجزاء فالحاصل ان معنى ألفاظ الشرط علامات وجود الجزاء أي تدل على ذلك بالذات والا فكل من هذه ولفظ لو أيضا كذلك في الجملة فانه لما كان كذلك كان المفاد بها امتناع فعل الشرط المستلزم لامتناع الجواب نحو لو جاء زيد لاكرمتك فيعرف ان ذلك الفعل اذا وجد استلزم وجود الجواب لان اللازم يثبت عند الملزوم وعلى هذا فجميع الادوات تفيد الوجود للوجود الا ان لما لما كانت أدخل حيث وضعت لافادة ان الشرط قد وجد وفرغ منه خصت بقولنا حرف وجود لوجود ولو وضعت لافادة امتناع الملزوم ودلت على الوجود للوجود بالالتزام خصت بحرف امتناع ولم يذكرها المصنف لان مقصوده ينافيه أعني التعليق على ما على خطر الوجود لانها أفادت تحقق عدمه فلا يحصل معنى اليمين ولعدم حصوله لم تذكر لما وان كان لو قال لو دخلت الدار فأنت طالق تعلق الطلاق كما ذكره التمرتاشي و يروى عن أبي يوسف رحمه الله لكنه ليس معناها الاصلي ولا المشهور ولذا قال بعضهم لا يتعلق وفي الحاوي في فروعنا لو قال أنت طالق لو تزوجتك تطلق اذا تزوجها وقد ورد في قوله وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية الآية فذهب بعض النحويين

قال المصنف (لان الشرط مشتق من العلامة) أقول يعني من اللفظ الدال على العلامة وهو الشرط بالتحريك قال الله تعالى قد جاء أشراطها أي علاماتها (قوله فدليله ههنا لا يفيد مطلوبه) أقول فيه بحث فان ما ذكره المصنف بيان وجه التسمية

قال رضي الله تعالى عنه (ففي هذه الالفاظ إذا وجد الشرط انحلت وانتهت اليمين) لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين بدونه

النحويين الى تجويزه وأكثر المحققين انها ليست الا للتعليق في الماضي وأجابوا عن الآية بما يوقف عليه في كلامهم وكذا العدم حصول معنى اليمين في التعليق بلما لم يذكرها وذكر كلا وليست شرطا لثبوت معنى الشرط معها وهو التعليق بأمر على خطر الوجود وهو الفعل الواقع صفة الاسم الذى أضيفت اليه ﴿فروع﴾ قال أنت طالق لولا دخولك أو لولا أبوك أو لولا مهرك لم يقع وكذا في الاخبار بان قال طلقت بالامس لولا كذا واعلم ان موضع وجوب الفاء لا يتحقق التعليق الا بها الا أن يتقدم فيتعلق بدونها على خلاف في انه حينئذ هو الجواب أو يضمر الجواب بعده والمتقدم دليله وأما الفقيه فنظره من جهة المعنى فلا عليه من اعتباره الجواب فاذا قال ان دخلت الدار أنت طالق وقع للحال فان نوى تعليقه دين وكذا ان نوى تقديمه وعن أبي يوسف لا يتنجز حملا لكلامه على الفائدة فتضمر الفاء كما في قوله * من يفعل الحسنات الله يشكرها * ودفع بما اذا أجاب بالواو فانه يتنجز و يلغو الشرط مع انه يمكن تعليقه حتى لو نواه دين وفي الحكم روايتان ذكره في الغاية قال في الدراية ولو نوى تقديمه في هذه الصورة قيل يصح وتحمل الواو على الابتداء وفيه ضعف لان واو الابتداء لا تستعمل الا في أول كلام ومواضع الفاء جمعت مفاريد في بيت هو هذا

طلبية واسمية وبجامد * وبما ولن وبقد وبالتنفيس

وأحببت ذكر بعض زيادة على ذلك وايضاحه ليفهم فنظمتها في ثلاثة أبيات وهي هذه

تعلم جواب الشرط حتم قرانه * بفاء اذا ما فعله طلبا أتى
كذا جامدا أو مقسما كان أو بقد * ورب وسين أو بسوف ادريا فتى
أو اسمية أو كان منفي ما وان * وان من يحد عما حددناه قد عتى

ولو أخر الشرط وأدخل الفاء في الشرط بان قال أنت طالق فان دخلت لا رواية فيه فيمكن أن يقال يتنجز لان الفاء فاصلة و يمكن أن يقال يتعلق لان الفاء حرف تعليق وقياس المذكور في حذف الفاء في موضع وجوبها وذكر الواو مع الجواب أن يكون التنجيز موجب اللفظ الا أن ينوى التعليق لاتحاد الجامع وهو عدم كون التعليق اذ ذاك مدلول اللفظ فلا يثبت الا بالنية والفاء وان كان حرف تعليق لكن لا يوجبه الا في محله فلا أثر له هنا ولو قال أنت طالق ان تنجز عند محمد لعدم ما يتعلق به وعند أبي يوسف لا لان ذكره بيان لارادته التعليق ولو قال أنت طالق دخلت تنجز العدم التعليق والصفة المعتبرة كالشرط لان ذلك في غير المعينة مثل المرأة التي أتزوجها طالق أما في المعينة فلغو على ما قدمناه أول الباب ولو قال أنت طالق أن دخلت بفتح الهمزة وقع في الحال وهو قول الجمهور لانها للتعليل ولا يشترط وجود العلة وقد ناظر محمد الكسائي في ذلك في مجلس الرشيد فزعم الكسائي انها بمعنى اذا استدلالا بقوله تعالى يمنون عليك أن أسلموا وبقوله تعالى تكاد السموات يتفطرن منه وتنشق الارض وتخر الجبال هدا أن دعوا للرحمن ولدا وقول محمد أولى اذ لا أصل لجعلها كاذا وليس المراد في الآيتين ما ذكر بل التعليل هو المعنى الظاهر فيهما ولو قال أنت طالق وان دخلت الدار طلقت بكل حال لان الواو في مثله عاطفة على شرط هو نقيض المذكور على ما عرف في موضعه تقديره ان لم تدخلي وان دخلت وان هذه هي الوصلية و يقع في الحال بقوله أنت طالق اذ دخلت و بقوله اذ تدخلي الدار وأنت طالق يتعلق بالدخول لان الحال شرط مثل اذا لي ألفا وأنت طالق لا تطلق حتى تؤدى (قوله ففي هذه الالفاظ اذا وجد الشرط انحلت وانتهت اليمين لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط) واذا تم وقع

وقوله (الا في كلما فانها تقتضي تعميم الافعال قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم الآية ومن ضرورة التعميم التكرار) فيه نظر من وجهين أحدهما انه عد كلمة كل من ألفاظ الشرط وعند وجود الشرط لم ينته اليمين فان من قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج امرأة طلقت ولو تزوج أخرى طلقت كذلك فكان الواجب أن يقول في الاستثناء الا في كل وكلما والثاني انه قال ومن ضرورة التعميم التكرار والتعميم في كلمة كل موجود كما ذكرنا آنفا ولا تكرار فيه حتى لو تزوج التي طلقت ثانيا لم يقع الجزاء والجواب عن الاول ان شرطية هذه الالفاظ انما هي باعتبار ما يليها من الافعال لان الخطر انما يحصل باعتباره وبهذا الاعتبار قد انتهت اليمين ولهذا لو تزوجها ثانيا لم تطلق وعدم الانتهاء باعتبار عموم الاسماء لم ينشأ من منشأ الشرط فلا يكون منافيا وعن الثاني ان المراد بقوله ومن ضرورة التعميم تعميم الافعال لان الكلام فيه والتعميم في الافعال انما يكون بتجدد الافعال وهو المراد بالتكرار فاذا قال كلما دخلت الدار فانت طالق طلقت حتى ينتهي الى الثلاث فان تزوجها بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شيء لان الجزاء طلقات هذا الملك ولم يبق شيء منها وبقاء اليمين ببقاء الشرط والجزاء فاذا انتفى الجزاء ينتفي الكل وفيه خلاف زفر وسيجيء (ولو دخلت على نفس التزوج بان قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق يحنث بكل مرة وان كان بعد زوج آخر لما ذكرنا ان انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج) وهو غير محصور

(الا في كلما فانها تقتضي تعميم الافعال) قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم الآية ومن ضرورة التعميم التكرار قال (فان تزوجها بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شيء) لان باستيفاء الطلقات الثلاث المملوكات في هذا النكاح لم يبق الجزاء وبقاء اليمين به وبالشرط وفيه خلاف زفر رحمه الله تعالى وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى (ولو دخلت على نفس التزوج بأن قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق يحنث بكل مرة وان كان بعد زوج آخر) لان انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج وذلك غير محصور

الحنث فلا يتصور الحنث مرة أخرى الا بيمين أخرى أو بعموم تلك اليمين وليس فليس وقال بعضهم في متى انها تفيد التكرار كقوله

متى تأته تعشو الى ضوء ناره * تجد خير نار عندها خير موقد

والحق انها انما تفيد عموم الاوقات بمعنى أن أي وقت تأتي تجد ذلك ففي متى خرجت فأنت طالق المفاد ان أي وقت تحقق فيه الخروج يقع الطلاق فاذا تحقق في وقت وقع ثم لا يقع بخروج آخر الا لو أفادت التكرار وان مع لفظ أبدا مؤدى لفظ متى بانفراده فاذا قال ان تزوجت فلانة أبدا فهي طالق فتزوجها فطلقت ثم تزوجها ثانيا لا تطلق كذا أجاب أبو نصر الدبوسي ومن غرائب المسائل ما في الغاية من قال لنسوة له من دخل منكن فهي طالق فدخلت واحدة منهن مرارا طلقت بكل مرة لان الفعل وهو الدخول أضيف الى جماعة فيراد به عمومه عرفا مرة بعد أخرى واستشهد له بقوله تعالى ومن قتله منكم متعمدا أفاد العموم ولذا تكرر الجزاء على قاتل واحد وبما ذكر محمد في السير الكبير اذا قال الامام من قتل قتيلا فله سلبه فقتل واحد قتيلين فله سلبهما واستشكل بان العموم في الاول لعموم الصيد المحلى باللام ثم رجع اليه ضمير من قتله فعليه جزاؤه فهم لذلك لا لما ذكر وعموم الثاني بدلالة الحال وهو ان مراده التشجيع وكثرة القتل قيل والاولى الاستشهاد بقوله تعالى واذا رأيت الذين يخوضون في آياتنا الآية حيث يحرم القعود مع الواحد في كل مرة فقد أفادت اذا التكرار لعموم الاسم الذي نسب اليه فعل الشرط والاوجه ان العموم بالعلة لا بالصيغة فيما فيهما من ترتيب الحكم وهو الجزاء في الاول ومنع القعود على المشتق منه وهو القتل والخوض فيتكرر به وفي المحيط وجوامع الفقه لو قال أي امرأة أتزوجها فهي طالق فهو على امرأة واحدة بخلاف كل امرأة أتزوجها حيث تعم بعموم الصفة واستشكل حيث لم يعم أي امرأة أتزوجها بعموم الصفة (قوله الا في كلما فانه يتكرر) ومن لطف مسائلها اذا قال لامرأته وقد دخل بها كلما طلقتك فأنت طالق فطلقها طلقة يقع ثنتان ولو قال كلما وقع طلاقي عليك فأنت طالق فطلقها واحدة وقع الثلاث والفرق ان الشرط في الثانية اقتضى تكرار الجزاء بتكرر الوقوع فيتكرر الا ان الطلاق لا يزيد على الثلاث فيقتصر عليها وفي الاولى اقتضى تكرره بتكرر طلاقه ولا يقال طلقها اذا طلقت بوجود الشرط فيقع تطليقتان احداهما بحكم الايقاع والاخرى بحكم التعليق (قوله ومن ضرورة التعميم التكرار) أورد في كل عموم ولا تكرار فانه لو قال كل امرأة أتزوجها طالق فتزوج فطلقت ثم تزوجها بعد ذلك لا تطلق وأما الوقوع على امرأة أخرى بتزوجها فباعتبار عموم الاسم ولم ينشأ من نفس الشرط وأجيب بان المراد تعميم الافعال والتكرار من ضرورته لانه كما يكون باعتبار القيام بآحاد متعددة يكون بتجدد الامثال من واحد (قوله ولو دخلت على نفس التزوج بان قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق يحنث بكل مرة) أبدا لان الشرط ملك يوجد

(قوله انما هي باعتبار ما يليها الخ) أقول أي بالذات أو بواسطة اسم (قوله قد انتهت اليمين) أقول في كلمة كل أيضا

قال (وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها) لانه لم يوجد الشرط فبقى والجزاء باق لبقاء محله فبقى اليمين (ثم ان وجد الشرط فى ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق) لانه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء فينزل الجزاء ولا تبقى اليمين لما قلنا (وان وجد فى غير الملك انحلت اليمين) لوجود الشرط (ولم يقع شئ) لانعدام المحلية (وان اختلفا فى وجود الشرط فالقول قول الزوج الا ان تقيم المرأة البينة) لانه متمسك بالاصل وهو عدم الشرط ولانه ينكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمرأة تدعيه

فى المستقبل وهو غير محصور وكلما وجد هذا الشرط تبعه ملك الثلاث فيتبعه جزاؤه وعن أبى يوسف فى المنتقى اذا قال كلما تزوجت امرأة فهى طالق فتزوج امرأة طلقت فان تزوجها ثانيا لا تطلق الا مرة واحدة ولو قال ذلك لمعينة كلما تزوجتك أو تزوجت فلانة تكرر دائما واستوضحه بما اذا قال كلما اشتريت ثوبا أو ركبت دابة لا يلزمه ذلك الا مرة واحدة والحاصل ان كلما عند أبى يوسف انما توجب التكرار فى المعينة لا فى غير المعينة وحقيقة البحث ادعاؤه اتحاد الحاصل بين كل وكلما اذا نسب فعلها الى منكر فان قلت بينهما فرق فان كلا يقتضى عموم الاسماء وعموم الافعال يثبت ضرورة وكلما يقتضيه فى الافعال وعموم الاسماء يثبت ضرورة فاذا وجد فى لفظ كل اسم واحد انحلت فى حقه ولا يتكرر به نفسه وبقيت فيما سواه من الاسماء وفى كلما اذا وجد فعل انحلت باعتباره وبقيت فيما سواه من الافعال المماثلة سواء تعلقت بما تعلق به الاول أولا قلنا قد اعترفتم بثبوت عموم الاسماء ضرورة ولا حاجة بنا الى النظر الى سببه اذ المقصود انه يثبت العموم فى الافعال والاسماء فصار الحاصل كل تزوج لكل امرأة وفى مثله تنقسم الآحاد على الآحاد ظاهرا على ما قرروا فى ركب القوم دوابهم وجعلوا أصابعهم فى آذانهم فلزم بالضرورة انها اذا انحلت فى فعل انحلت فى اسمه فلا يتكرر الحنث فى امرأة واحدة وهذا هو الجامع بين هذه المسئلة وبين ما قاس عليه من المسئلتين ويدفع بان انقسام الآحاد على الآحاد عند التساوى وهو منتف لان دائرة عموم الافعال أوسع لان كثيرا من أفراده ما يتحقق بالتكرار من شخص واحد وقد فرض عمومه بكلما فلا يعتبر كل اسم بفعل واحد فقط والله الموفق للصواب واليه المرجع والمآب (قوله وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها) حتى لو طلقها فانقضت عدتها بعد التعليق بدخول الدار ثم تزوجها فدخلت طلقت وكذا اذا قال لعبده ان دخلت فأنت حر فباعه ثم اشتراه فدخل عتق فى الحال ولا بد من تقييد عدم البطلان بما اذا زال الملك بما دون الثلاث اما اذا طلقها ثلاثا فتزوجت بغيره ثم عادت فدخلت لا تطلق على ما سيأتى ثم ان وجد الشرط فى ملكه انحلت اليمين الى آخر ما فى الكتاب هذا وكما يبطل التعليق بتنجيز الثلاث خلافا لزفر كذلك يبطل بلحاقه بدار الحرب عند أبى حنيفة خلافا لهما حتى لو دخلت الدار بعد لحاقه وهى فى العدة لا تطلق خلافا لهما وفائدة الخلاف فيما اذا جاء تائبا مسلما فتزوجها ثانيا لا ينقص من عدد الطلاق شئ عنده وينقص عندهما (قوله وان اختلفا فى وجود الشرط فالقول قول الزوج الا ان تقيم المرأة البينة لانه متمسك بالاصل وهو عدم الشرط ولانه ينكر وقوع الطلاق) وعلى هذا لو قال ان لم تدخلى اليوم فأنت طالق فقالت لم أدخل وقال دخلت فالقول له وان كانت متمسكة بالاصل وهو عدم الدخول ولو قال ان لم أجامعك فى حيضتك فأنت طالق فقالت لم يجامعنى وقال فعلت فالقول له مع انها متمسكة بظاهرين عدم الجماع وحرمته فى الحيض الداعية الى عدمه لكونه أنكر الطلاق واستحضر هنا ما فى النكاح لو قال بلغك الخبر فسكت وقالت رددت القول قوله خلافا لزفر لهذا أيضا فهذا أصل كلى بخلاف ما لو قال وهى فى طهر خال عن الجماع أنت طالق للسنة ثم قال جامعتك فى حيضتك فأنكرت فالقول لها ان كانت طاهرة لانه يريد ابطال حكم واقع بعد وجود السبب والمضاف اليه أما الاول فلان المضاف سبب فى

قال (وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها) اذا قال لها أنت طالق ان دخلت الدار ثم أبانها لم يبطل اليمين لما مر أن بقاء اليمين بالشرط والجزاء والفرض ان الشرط لم يوجد فهو باق والجزاء أيضا باق لبقاء المحل وهو المرأة فتبقى اليمين كما كانت فى محله وهى ذمة الحالف فان قيل سلمنا ان محل الجزاء باق ولكن من شرط وقوعه الملك وليس بموجود فالجواب ان الكلام ليس فى الوقوع وانما هو فى بقائه يمينا واليمين لا يحتاج الى الملك ابتداء بدليل جواز ان تزوجتك فأنت طالق ففى البقاء أولى اذ البقاء أسهل من الابتداء ثم بعد ذلك لا يخلو اما أن يوجد الشرط فى الملك كما اذا تزوجها ثانيا ثم وجد الشرط أو فى غيره كما اذا وجد قبل التزوج فان كان الاول وقع الطلاق وانحلت اليمين أما وقوع الطلاق فلأن الشرط وجد فى الملك فنزل الجزاء المتعلق به واما انحلال اليمين فلان اللفظ لا يدل على التكرار فبوجود الشرط مرة انتهت اليمين وان كان الثانى انحلت اليمين لوجود الشرط ولم يقع شئ لانعدام المحلية (وان اختلفا فى وجود الشرط فالقول قول الزوج) على ما ذكر فى الكتاب وهو واضح

(فان كان الشرط لا يعلم الا من جهتها فالقول قولها فى حق نفسها مثل ان يقول ان حضت فأنت طالق وفلانة فقالت قد حضت طلقت هى ولم تطلق فلانة) ووقوع الطلاق استحسان والقياس ان لا يقع لانه شرط فلا تصدق كما فى الدخول وجه الاستحسان انها أمينة فى حق نفسها اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها فيقبل قولها كما قبل فى حق العدة والغشيان لكنها شاهدة فى حق ضرتها بل هى متهمة فلا يقبل قولها فى حقها

الحال وأما الثانى فلان الوقت وقت طلاق السنة بالفرض (قوله فان كان الشرط لا يعلم الا من جهتها فالقول قولها فى حق نفسها) عليه الاربعة رحمهم الله تعالى وعن أحمد لا يقع وتختبرها النساء بادخال قطنة فى فرجها فى زمان قالت ذلك ودفع بأنها أمينة مأمورة باظهار ما فى رحمها بقوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن تحريم كتمانها أمر بالاظهار وفائدة الامر بالاظهار ترتيب أحكام المظهر وهو فرع قبوله مع ان ادخال القطنة لا يوصل الى علم ولا ظن لجواز أخذ دم من الخارج تحملت به (قوله ولم تطلق فلانة) هذا اذا كذبها أما اذا صدقها طلقت فلانة أيضا وكذا فى جميع نظائره (قوله كما قبل فى حق العدة) أى انقضائها حتى لو طلقها طلاقا رجعيا ثم لم يراجعها فقالت له بعد مدة تحتمل صدقها قد انقضت عدتى انقطع حق الرجعة أو قالت لرجل آخر انقضت عدتى من فلان والمدة تحتمله جاز له تزوجها اذا غلب على ظنه صدقها (والغشيان) أى حل الوطء وحرمته فلو قالت أنا حائض حرم أو طاهر حل أو قالت للمطلق ثلاثا تزوجت بثان وغشينى حلت له لا يقال اما أن تكون حاضت أولا فعلى الاول يقع عليهما وعلى الثانى لا يقع على واحدة منهما لانا نقول المنظور اليه فى حقها شرعا الاخبار به لانها أمينة وفى حق ضرتها حقيقته وشهادتها على ذلك شهادة فرد وإخبارها به لا يسرى فى حقها مع التكذيب ولا بعد فى أن يقبل قول الانسان فى حق نفسه لا غيره كاحد الورثة اذا أقر بدين لرجل على الميت فيقتصر على نصيبه الا أن يصدقه الباقون والمشترى اذا أقر بالمبيع لمستحق لا يرجع بالثمن على البائع هذا وانما يقبل قولها اذا أخبرت بالحيض وهو قائم أما بعد الانقطاع فلا لانه ضرورى فيشترط قيام الشرط بخلاف قوله ان حضت حيضة حيث يقبل قولها فى الطهر الذى يلى الحيضة لا قبله ولا بعده حتى لو قالت بعد مدة حضت وطهرت وأنا الآن حائض بحيضة أخرى لا يقبل قولها ولا يقع لانها أخبرت عن الشرط حال عدمه ولا يقع الا اذا أخبرت فى الطهر بعد انقضاء هذه الحيضة فحينئذ يقع وهذا الانها جعلت أمينة شرعا فيما تخبر من الحيض والطهر ضرورة اقامة الاحكام المتعلقة بهما فلا تكون مؤتمنة حال عدم تلك الاحكام لعدم الحاجة اذا كذبها الزوج ولو قال لامرأتيه اذا حضتما فأنتما طالقان فقالتا حضنا لم تطلق واحدة منهما الا أن يصدقهما فان صدق احداهما وكذب الاخرى طلقت المكذبة وان كن ثلاثا فقال ذلك فقلن حضنا لم تطلق واحدة منهن الا أن يصدقهن وكذا ان صدق احداهن فان صدق ثنتين فقط طلقت المكذبة دون المصدقات ولو كن أربعا والمسئلة بحالها لم يطلقن الا أن يصدقهن وكذا ان صدق واحدة أو ثنتين وان صدق ثلاثا فقط طلقت المكذبة دون المصدقات والاصل ان حيض الكل شرط للوقوع عليهن فلم تطلق واحدة حتى يحضن جميعا وان

(قوله ولم تطلق فلانة) ليس على ظاهره بل فيما اذا كذبها الزوج فى قولها حضت وأما اذا صدقها فانه يقع وقوله (كما قبل فى حق العدة والغشيان) اما قبولها فى العدة فبان تقول قد انقضت أو لم تنقض وأما فى الغشيان فيحتمل معنيين أحدهما أن تقول المطلقة الثلاث انقضت عدتى وتزوجت بزوج آخر ودخل بى الزوج الثانى والثانى أن يقبل قولها فى حق حل الجماع وحرمته بقولها انا طاهر أو حائض وقوله (لكنها شاهدة فى حق ضرتها بل هى متهمة فلا يقبل قولها فى حقها) وفيه بحث وهو انها لا تخلو من الحيض وعدمه والمآل شمول طلاقهما أو شمول عدمه لانها ان كانت حاضت فقد وجد الشرط فيقع طلاقهما جميعا وان لم تحض لم يوجد الشرط فلا يقع طلاق واحدة منهما فاما ان يوجد الحيض فى حقها دون ضرتها فذلك يستلزم كون الشىء موجودا ومعدوما فى حالة واحدة وهو محال وأجيب بأن الشرع أثبت بقولها حضت فى هذه الصورة وصفين متغايرين الامانة والشهادة ورتب على ذلك حكمين مختلفين بحسب اختلاف اقتضائهما وليس ذلك ببدع فى الشرع فانه رتب على النكاح وهو أمر واحد الحل للزوج والحرمة لغيره وفيه نظر لان الحل والحرمة لا يقتضى أحدهما الوجود والآخر العدم بخلاف ما نحن فيه والجواب ان اقتضاء الوجود والعدم انما هو بالنسبة الى الحيض نفسه وليس الكلام فيه لانه أمر خفى لا يطلع عليه وانما الكلام فى الامر الدال عليه وهو قولها حضت وليس ثمة اختلاف فى مقتضى وجوده وعدمه

حاض

(قوله والآخر العدم) أقول عن محل وجود الحل مثلا (قوله بخلاف ما نحن فيه) أقول فانه يقتضى عدم الحيض عما وجد فيه فى حق طلاق الضرة وعتاق العبد

(وكذلك لو قال ان كنت تحبين ان يعذبك الله فى نار جهنم فأنت طالق وعبدى حر فقالت أحبه أو قال ان كنت تحبينى فأنت طالق وهذه معك فقالت أحبك طلقت هى ولم يعتق العبد ولا تطلق صاحبتها) لما قلنا ولا يتيقن بكذبها لانها لشدة بغضها اياه قد تحب التخليص منه بالعذاب وفى حقها ان تعلق الحكم باخبارها وان كانت كاذبة ففى حق غيرها بقى الحكم على الاصل وهى المحبة (واذا قال لها اذا حضت فأنت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر بها ثلاثة أيام) لان ما ينقطع دونها لا يكون حيضا (فاذا تمت ثلاثة أيام حكمنا بالطلاق من حين حاضت) لانه بالامتداد عرف انه من الرحم فكان حيضا من الابتداء

حاض بعضهن يكون ذلك بعض ما يثبت به الحكم فلا يثبت وان قلن جميعا حضنا لا يثبت حيض كل واحدة الا فى حق نفسها الا أن يصدقها فيثبت فى حق الكل وان صدق البعض وكذب البعض نظر فان كانت المكذبة واحدة طلقت هى وحدها لتمام الشرط فى حقها لان قولها مقبول فى نفسها وقد صدق غيرها فتم الشرط فيها ولا تطلق غيرها الان المكذبة لا يقبل قولها فى غيرها فلم يتم الشرط فى الغير وان كذب أكثر من واحدة لم تطلق واحدة منهن لان كل واحدة من المكذبات لم يثبت حيضها الا فى حق نفسها فكان الموجود بعض الشرط فلا تطلق واحدة منهن حتى يصدق من سواها جميعا (قوله وكذلك اذا قال ان كنت تحبين أن يعذبك الله الى قوله لما بينا) يريد انها أمينة فى حق نفسها شاهدة فى حق ضرتها وقوله (ولا يتيقن بكذبها) جواب سؤال تقديره نزول الجزاء باعتبار خبرها بناء على احتمال صدقها فأما هنا فكذبها متيقن فكيف نحكم بالجزاء مع العلم بانتفاء الشرط أجاب بمنع تيقنه فان الانسان قد يبلغ به ضيق الصدر وعدم الصبر وسوء الحال الى درجة يحب الموت فيها فجاز أن تحملها شدة بغضها مع غلبة الجهل وعدم الذوق للعذاب فى الحال على تمنى الخلاص منه بالعذاب ولو قال ان كنت تحبينى بقلبك فأنت طالق فقالت أحبك كاذبة طلقت قضاء وديانة عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لان المحبة بالقلب فذكره وعدمه سواء فصار كمسئلة الكتاب وقال محمد لا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى الا ان صدقت لان الاصل فى المحبة بالقلب واللسان خلف عنه وتقييده بالاصل يبطل الخلفية قلنا بل عدم امكان الوقوف على ما فى قلبها أوجب النقل الى الخلف مطلقا فاستوى التقييد وعدمه وفى الظهيرية ما يدل على ان المحبة بالقلب لا تعتبر وان أمكن الاطلاع عليها وهو قال لامرأته أنت طالق ان كنت أنا أحب كذا ثم قال لست أحبه كاذبا فهى امرأته فيما بينه وبين الله تعالى واستشكل السرخسى هذا بانه ان لم يعلم ما فى قلبها فانه يعلم ما فى قلب نفسه لكن الطريق ما قلنا اذ القلب متقلب لا يثبت على شئ فالوقوف على حقيقة المحبة متعذر والاحكام انما تناط بالامور الظاهرة لا الخفية كالرخصة بالسفر والحدث بالنوم والجنابة بالتقاء الختانين ولا يخفى ما فيه بالنسبة الى قلبه واعلم ان التعليق بالمحبة انما يفارق التعليق بالحيض فى انه يقتصر على المجلس لكونه تخييرا حتى لو قامت وقالت أحبك لا تطلق وانها لو كانت كاذبة تطلق فيما بينه وبين الله تعالى وفى الحيض لا يقتصر على المجلس كسائر التعليقات ولا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى الا ان تكون صادقة ﴿فرع﴾ فى الجامع الاصغر قال الفقيه أبو جعفر اذا قالت المرأة لزوجها شيأ من السب نحو قرطبان وسفلة فقال ان كنت كما قلت فأنت طالق طلقت سواء كان الزوج كما قالت أو لم يكن لان الزوج فى الغالب لا يريد الا أن يؤذيها بالطلاق كما آذته وقال الاسكاف فيمن قالت يا قرطبان فقال زوجها ان كنت أنا قرطبان فأنت طالق تطلق وان قال أردت الشرط يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ونص بعضهم على ان فتوى أهل بخارى على المجازاة دون الشرط (قوله فكان حيضا من الابتداء) ويجب على المفتى أن يعين ذلك فيقول طلقت حين رأت الدم وتظهر ثمرة هذا الاستناد فيما اذا كانت غير مدخول بها فتزوجت حين رأت الدم أو كان

وقوله (وكذا لو قال ان كنت تحبين أن يعذبك الله بنار جهنم) ظاهر وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله أمينة فى حق نفسها شاهدة فى حق ضرتها وقوله (ولا يتيقن بكذبها) جواب عما يقال اخبارها عن محبتها تعذيب الله اياها بنار جهنم مقطوع بكذبه فوجب أن لا يقبل قولها أصلا ووجهه أنه لا يتيقن بكذبها لانها لشدة غضها اياه قد تحب التخلص منه بالعذاب فلم يكن كذبها مقطوعا به وقوله (وفى حقها ان تعلق الحكم باخبارها) ظاهر وقوله

(إذا قال إذا حضت حيضة فأنت طالق) (١٣٨) والفرق بينه وبين ما قبله ظاهر ومن الفرق انه لو قال اذا حضت فأنت طالق وهذا العبد

(ولو قال لها إذا حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضتها) لان الحيضة بالهاء هي الكاملة منها ولهذا حمل عليه في حديث الاستبراء وكمالها بانتهائها وذلك بالطهر (وإذا قال أنت طالق إذا صمت يوما طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم) لان اليوم إذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار بخلاف ما إذا قال إذا صمت لانه لم يقدره بمعيار وقد وجد الصوم بركنه وشرطه (ومن قال لامرأته إذا ولدت غلاما فأنت طالق واحدة وإذا ولدت جارية فأنت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدرى أيهما أول لزمه في القضاء تطليقة وفي التنزه تطليقتان وانقضت العدة بوضع الحمل) لانها لو ولدت الغلام أولا وقعت واحدة وتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا تقع أخرى به لانه حال انقضاء العدة ولو ولدت الجارية أولا وقعت تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شئ آخر به لما ذكرنا انه حال انقضاء العدة فاذا في حال تقع واحدة وفي حال تقع ثنتان فلا تقع الثانية بالشك والاحتمال والاولى أن يؤخذ بالثنتين تنزها واحتياطا والعدة منقضية بيقين لما بينا

المعلق بالحيض عتقا لجنى العبد أو جنى عليه بعد رؤية الدم قبل أن يستمر فانه اذا استمر ثلاثة أيام يصح النكاح ويعتبر في العبد جنايته الاحرار ولا تحسب هذه الحيضة من العدة لانها بعض حيضة لانه حين كان الشرط رؤية الدم لزم أن يقع الطلاق بعد بعضها (قوله ولو قال لها ان حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر) أي يحكم بطهرها عن هذا افترق الحال بين ان حضت حيضة فأنت طالق وان حضت حيث لا يكون الاول بدعيا لانه انما يقع في الطهر بخلاف الثاني ثم انما يحكم بطهرها فيقع فيما دون العشرة بالاغتسال أو ما يقوم مقامه من صيرورة الصلاة دينا في ذمتها وأما بالعشرة فبمجرد الانقطاع (قوله لان الحيضة بالهاء هي الكاملة) عن هذا لو قال نصف حيضة كان الحكم كما في حيضة لانه اسم للكامل وهي لا تتجزأ خلافا لزفر في قوله تطلق بحيض خمسة أيام للتيقن بالنصف قلنا هذا نصف أقصى مدته لا نصف الدرور ولو كانت حائضا لا تطلق ما لم تطهر ثم تحيض واذا قال لطاهرة أنت طالق اذا طهرت لم تطلق حتى تحيض وتطهر لان اليمين يقتضي شرطا مستقبلا وهذا الحيض قد مضى بعضه وبقي بعضه وما مضى لم يدخل تحت اليمين والباقي تبع للماضي فلا يتناوله اليمين كما لا يتناول الماضي بخلاف قوله أنت طالق قبل أن تحيضي حيضة بشهر حيث تطلق اذا حاضت فلا ينتظر الطهر والمراد بحديث الاستبراء قوله صلى الله عليه وسلم في سبايا أوطاس الا لا تنكح الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة وسنتكلم عليه في موضعه ان شاء الله تعالى (قوله بخلاف ما اذا قال اذا صمت لانه لم يقدره بمعيار) اذ لم يقل اذا صمت يوما أو شهرا فيتعلق بما يسمى صوما في الشرع وقد وجد الصوم بركنه وشرطه بامساك ساعة فيقع به وان قطعته بعده وكذا اذا صمت في يوم أو شهر لانه لم يشترط كماله بخلاف ما اذا قدره بمعيار كاذا صمت يوما فانه لا يقع الا بعد الغروب من اليوم الذي صامت فيه ونظير اذا صمت يوما اذا صمت صوما لا يقع الا بتمام يوم لانه مقدر بمعيار واذا صليت صلاة يقع بركعتين وفي اذا صليت يقع بركعة (قوله ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فأنت طالق واحدة واذا ولدت جارية فأنت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدرى أيهما الاول) لانه لو علم وقع المعلق بالسابق ولا يقع باللاحق شئ لان الطلاق المقارن لانقضاء العدة لا يقع وان اختلفا فالقول للزوج لانه منكر للزيادة وتقرير المسئلة واضح من الكتاب وما عن الشافعي من انه يقع الثلاث لاحتمال الخروج معا قيل ينبغي أن لا يعول عليه لانه مستحيل عادة غير انه ان تحقق ولادتهما معا وقع الثلاث وتعتد بالاقراء ولو ولدت غلاما وجاريتين ولا يدرى أولهم وقع ثنتان في القضاء وثلاث في التنزه

حر كان حرا من حين رأت الدم حتى كان الاكساب له وكان الطلاق بدعيا وقوله وإذا قال إذا حضت حيضة كان الطلاق سنيا لانه لا يقع الا بعد ما طهرت وقوله (في حديث الاستبراء) يريد به ما قاله عليه الصلاة والسلام في سبايا أوطاس ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة أراد به كمال الحيض وهو إنما يكون بانتهائه بانقطاع الدم إذا كان أيامها عشرة أيام وبالانقطاع والغسل أو ما يقوم مقامه إذا كانت أيامها دون العشرة وقوله (وإذا قال أنت طالق اذا صمت يوما) ظاهر مما تقدم واذا قال اذا صمت صوما فحكمه كذلك (بخلاف ما اذا قال اذا صمت) فانها اذا صامت ساعة مقرونة بالنية وقع الطلاق لما ذكره في الكتاب قال (ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فأنت طالق واحدة) هذه المسئلة لا تخلو عن أوجه ان علم أن الغلام ولدته أولا طلقت واحدة وانقضت عدتها بالجارية ولا يقع شئ بعده وان علم ان الجارية ولدت أولا طلقت ثنتين وان اختلفا فالقول للزوج لانكاره الزيادة وان لم يدر أيهما أول لزمه في القضاء واحدة لانها ثابتة بيقين وفي الثانية شك وفي التنزه وهو التباعد عن السوء تطليقتان حتى لو كان قد طلقها قبل هذا واحدة لا يطؤها حتى تنكح زوجا غيره لاحتمال انها مطلقة ثلاثا وترك وطء امرأة تحل له وطؤها خير من أن يطأ امرأة محرمة عليه وقوله (والعدة منقضية بيقين لما بينا) يريد قوله لانها لو ولدت الغلام أولا الخ) وحاصله ان انقضاء عدة الحامل بوضع الحمل لان

(وان قال لها ان كلمت أبا عمرو وأبا يوسف فأنت طالق ثلاثا ثم طلقها واحدة فبانت وانقضت عدتها فكلمت أبا عمرو ثم تزوجها فكلمت أبا يوسف فهي طالق ثلاثا مع الواحدة الاولى) وقال زفر رحمه الله لا يقع وهذه على وجوه اما ان وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق وهذا ظاهر أو وجدا في غير الملك فلا يقع أو وجد الاول في الملك والثاني في غير الملك فلا يقع أيضا لان الجزاء لا ينزل في غير الملك فلا يقع) أو وجد الاول في غير الملك والثاني في الملك وهي مسئلة الكتاب الخلافية له اعتبار الاول بالثاني اذ هما في حكم الطلاق كشيء واحد ولنا ان صحة الكلام بأهلية المتكلم

لان الغلام ان كان أولا أو ثانيا تطلق ثلاثا واحدة به وثنتين بالجارية الاولى لان العدة لا تنقضي مابقي في البطن ولد وان كان آخرا يقع ثنتان بالجارية الاولى ولا يقع بالثانية شيء لان اليمين بالجارية انحلت بالاولى ولا يقع بالغلام شيء لانه حال انقضاء العدة فتردد بين ثلاث وثنتين فيحكم بالاقل قضاء وبالاكثر تنزها ولو ولدت غلامين وجارية لزمه واحدة في القضاء وفي التنزه ثلاث لانه اذا كان الغلامان أولا وقعت واحدة بأولهما ولا يقع بالثاني شيء ولا بالجارية الاخيرة لانقضاء العدة وان كانت الجارية أولا أو وسطا وقع ثنتان بها وواحدة بالغلام بعدها أو قبلها فتردد بين ثلاث وواحدة ولو قال ان كان حملك غلاما فطالق واحدة أو جارية فثنتين فولدتهما لم تطلق لان حملك اسم جنس مضاف فيعم كله فما لم يكن الكل جارية أو غلاما لا يقع كما في قوله ان كان ما في بطنك غلاما والباقي بحاله كقوله ان كان ما في هذا العدل حنطة فهي طالق أو دقيقا فطالق فاذا فيه حنطة ودقيق لا تطلق ولو قال ان كان في بطنك والباقي بحاله وقع الثلاث وفي الجامع لو قال ان ولدت ولدا فأنت طالق فان كان الذي تلديه غلاما فطالق ثنتين فولدت غلاما يقع الثلاث لوجود الشرطين لان المطلق موجود في المقيد وهو قول مالك والشافعي (قوله وان قال لها ان كلمت أبا عمرو وأبا يوسف) حاصل مبنى الخلاف انه اذا جعل الشرط فعلا متعلقا بشيئين من حيث هو متعلق بهما نحو ان دخلت هذه الدار وهذه اشترط للوقوع قيام الملك عند آخرهما عندنا وقال زفر رحمه الله عند كل منهما وقياسه فيما اذا كان فعلا قائما باثنين من حيث هو قائم بهما أن يكون كذلك مثل ان جاء زيد وعمرو فأنت طالق فان الشرط مجيئهما فلا يقع طلاق الا أن يجيء كل منهما وقد ذكرنا ما يعرف به ذلك في مسئلة اذا حضتما فأنتما طالقان وجعله في شرح الكنز مسئلة الكتاب من تعدد الشرط ليس بذاك لان تعدده بتعدد فعل الشرط ولا تعدد في الفعل هنا بل في متعلقه ولا يستلزم تعدده تعدده فانه لو كلمتهما معا وقع الطلاق لوجود الشرط وغايته تعدده بالقوة وجه قول زفر اعتبار الاولى من الوصفين بالثاني في وجوب قيام الملك عنده اذ هما في حكم هذا الطلاق كالشيء الواحد لتوقفه على كل منهما (ولنا ان صحة الكلام بأهلية المتكلم) وانما اشترط لصحته فيما نحن فيه مع الاهلية قيام الملك في الحال وكون الشرط الملك ليصير الجزاء في الاول غالب الوجود بتقدير الشرط نظرا الى الظهور والاستصحاب ومتيقنه في الثاني فيتحقق بذلك معنى اليمين وهو الاخافة الحاملة على الامتناع أو الفعل فاذا تمت لا يحتاج في بقائها الى ذلك لان بقاءها بمحله فتحقق حينئذ بقيام الذمة وانما يحتاج اليه لوقوع الحنث والحنث لا يثبت الا عند الاخير فلا يشترط الملك الا عنده وهذا ما وعده المصنف في أوائل الباب وأما الشرطان فتعددهما حقيقة بتكرار أداتهما وهو على وجهين بواو وبغيره أما الثاني فكقوله ان أكلت ان لبست فأنت طالق لا تطلق ما لم تلبس ثم تأكل فيقدم المؤخر وهذا الذي سماه محمد اعتراض الشرط على الشرط وصورته في الجامع قال كل امرأة أتزوجها ان كلمت فلانا فهي طالق يقدم المؤخر فيه بالتقدير ان كلمت فلانا فكل امرأة أتزوجها طالق واستغنى عن الفاء بتقديم الجزاء فالكلام شرط الانعقاد والتزوج شرط الانحلال وأصله قوله تعالى ولا ينفعكم نصحي ان أردت ان أنصح لكم ان كان الله يريد أن يغويكم المعنى ان كان الله يريد أن يغويكم فلا ينفعكم

وقوله (ان كلمت أبا عمرو) على ما ذكره في الكتاب واتبع سوى ألفاظ نذكرها وقوله (في حق الطلاق كشيء واحد) يعني من حيث ان الطلاق لا يقع الا بهما فصار الشرطان بمنزلة شرط واحد ولو كان شرطا واحدا لما وقع بدون الملك فكذلك هذا (ولنا ان صحة الكلام) أي صحة هذا الكلام الذي هو اليمين (بأهلية المتكلم)

(قوله ولنا ان صحة الكلام) أي صحة هذا الكلام الى

الا أن الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود لاستصحاب الحال فتصح اليمين وعند تمام الشرط لينزل الجزاء لانه لا ينزل الا فى الملك وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين فيستغنى عن قيام الملك اذ بقاؤه بمحله وهو الذمة

نصحى ان أردت ان أنصح لكم وقوله تعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبى ان أراد النبى أن يستنكحها فالجواب أحللنا لك امرأة مؤمنة بعد هبتها نفسها للنبى ان أراد النبى فالمعنى ان أراد النبى أن ينكح مؤمنة وهبت نفسها فقد أحللناها قيل ويحتمل تأخر ارادته لانها كالقبول فالمعنى ان وهبت مؤمنة نفسها للنبى فان أراد النبى أى قبل أحللناها ووجه المسئلة انه لا يمكن أن يجعل الشرطان شرطا واحدا لنزول الجزاء لعدم العطف وان روى عن محمد فى غير رواية الاصول انه رجع عن التقديم والتأخير وأقر كل شرط فى موضعه وهو رأى امام الحرمين من الشافعية لان الاصل عدم التقدير الا بدليل والكلام فى موجب اللفظ ولا الشرط الثانى مع ما بعده هو الجزاء للاول لعدم الفاء الرابطة ونية التقديم والتأخير أخف من اضمار الحرف لانه تصحيح للمنطوق من غير زيادة شئ آخر فكان قوله ان أكلت مقدما من تأخير لانه فى حيز الجواب المتأخر والتقدير ان لبست فان أكلت فأنت طالق وهذا بناء على ما قدمناه من لزوم التنجيز فى مثل ان دخلت الدار أنت طالق وعلى ما قدمناه عن أبى يوسف من لزوم اضمار الفاء يجب أن لا يعكس الترتيب وفى التجريد لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق ان كلمت فلانا لابد من اعتبار الملك عند الشرط الاول فان طلقها بعد الدخول بها ثم دخلت الدار وهى فى العدة ثم كلمت فلانا وهى فى العدة طلقت انتهى وهو على الظاهر من التقديم والتأخير فكان المتقدم شرط الانحلال فيعتبر الملك عنده وعلى هذا اذا قال ان أعطيتك ان وعدتك ان سألتنى فأنت طالق لا تطلق حتى تسأله أولا ثم يعدها ثم يعطيها لانه شرط فى العطية الوعد وفى الوعد السؤال فكأنه قال ان سألتنى ان وعدتك ان أعطيتك وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى رحمهما الله تعالى ومن الحنابلة من قيد ذلك بما اذا كان الشرط باذا فان كان بان تطلق لوجودهما كيف كان لان المعروف فى ذلك اذا لا إن وأما الاول فاذا قال أنت طالق اذا قدم فلان واذا قدم فلان أوذكر بكلمة ان أو متى فأيهما قدم أولا يقع الطلاق ولا ينتظر قدوم الآخر لان قوله أنت طالق اذا قدم فلان يمين تام لوجود الشرط والجزاء والشرط الثانى لا جزاء له فاذا عطف على شرط تعلق به جزاؤه أى تعلق جزاؤه بعينه به كأنه قال واذا قدم فلان فأنت طالق تلك التطليقة فلهذا لو قدما معا لم يقع الا طلاق واحد وكذا اذا تخلل الجزاء بين الشرطين فقال ان قدم فلان فأنت طالق واذا قدم فلان أيهما سبق وقع ثم لا يقع عند الشرط الثانى شئ الا أن ينوى أن يقع عند كل واحد تطليقة فتقع أخرى عند الثانى وان أخر الجزاء فقال اذا قدم فلان واذا قدم فلان فأنت طالق لا يقع حتى يقدما لانه عطف شرطا محضا على شرط لا حكم له ثم ذكر الجزاء فيتعلق بهما فصارا شرطا واحدا فلا يقع الا بوجودهما لانه لو وقع بأولهما صار عطفا على اليمين كالاول لا على الشرط فقط فان نوى وقوع الطلاق بأحدهما صحت نيته بنية تقديم الجزاء على أحد الشرطين وفيه تغليظ على نفسه فأما اذا عطف بلا أداة شرط كان المجموع شرطا واحدا كما فى مسئلة الكتاب الا أن ينوى وقوع الطلاق بأحدهما لانه نوى اضمار كلمة الشرط كذا فى شرح الزيادات ﴿ تنبيه ﴾ يشترط فى صحة الشرط الاتصال كالاستثناء وعروض اللغو بينه وبين الجزاء فاصل يبطل التعليق وفى الجامع لو قال ان دخلت ان دخلت فأنت طالق يتعلق استحسانا وقال الكرخى ينبغى أن لا يتعلق على قوله لان الثانى لغو كقوله حر وحر ان شاء الله تعالى على قوله والجواب انه تأكيد بخلاف وحر لان التأكيد بلفظه لا يكون بالواو فانما يشا كله حر حر ان شاء الله ولا يعتق فيه وأجمعوا ان السكوت والعطف لا يمنعان العطف

وهى قائمة به فتكون صحته قائمة به بان يكون محله ذمته ولا يحتاج الى ملك لكن شرطنا الملك حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود باستصحاب الحال فان الملك اذا كان موجودا وقت التعليق فالظاهر بقاؤه الى وقت وجود الشرط واما اذا لم يكن موجودا فليس كذلك فلا يكون مخيفا حاملا أو مانعا وحالة تمام الشرط لنزول الجزاء لكونه لا ينزل الا فى الملك وفيما بين ذلك مستغنى عنه فلا يشترط وجود الملك لان اليمين يقوم بمحله وهو الذمة كما اذا علق طلاقها بالشرط فابانها وانقضت عدتها ثم تزوجها فاتت بالشرط فانها تطلق بالاتفاق ولم تبطل اليمين بزوال الملك فكان كالنصاب اذا انتقص فى خلال الحول فانه لا يضر

(قوله ولا يحتاج الى ملك لكن شرطنا الملك حالة التعليق الخ) أقول تفريع المصنف صحة اليمين على اشتراط الملك عند التعليق لا يطابق لما ذكره الشارح فليتأمل (قوله وحالة تمام الشرط) أقول معطوف على قوله حالة التعليق

وقوله (وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا) مسئلة الهدم وهي معروفة وثمرة الخلاف لا تظهر فيما ذكره في الكتاب فانها اذا تزوجت بزوج آخر وعادت الى الزوج الاول ثم دخلت الدار يقع عليها الثلاث بالاتفاق أما عند محمد فلعدم الهدم وأما عندهما وان وجد الهدم فبالدخول في الدار يقع الثلاث لان الثلاث معلقة بدخول الدار وانما تظهر فيما اذا علق الطلقة الواحدة بدخول الدار ثم طلقها طلقتين وتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الاول فدخلت الدار ثبتت الحرمة الغليظة عند محمد لعدم الهدم وعندهما لا تحققه (وان قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا ثم قال لها أنت طالق ثلاثا فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار لم يقع شئ وقال زفر يقع الثلاث لان الجزاء مطلق لاطلاق اللفظ) اذ لم يقيد تطليقات في ملك دون ملك فلا يتقيد (قوله وقد بقى احتمال وقوعها) أى بنكاحها ثانيا بعد تزوجها بزوج آخر (فتبقى اليمين) فاذا وجد المحل يقع الجزاء (ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك) بدلالة الحال وانما قلنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لانها هي المانعة اذ الظاهر عدم ما يحدث وكل ما كان مانعا عن وجود الشرط أو حاملا عليه فهو الجزاء لان اليمين للمنع أو الحمل وههنا عقدت للمنع فيكون الجزاء طلقات هذا الملك واذا كان الجزاء ذلك وقد فات بالتنجيز المبطل للمحلية فات اليمين لما تقدم أن بقاء اليمين بالشرط والجزاء وقد فات الجزاء والكل ينتفي بانتفاء جزئه واعترض بان انعقاد اليمين لو انحصر في المنع والحمل لم يصح أن يقال ان حضت فانت طالق لانه لا يتصور فيه لا منع ولا حمل لكون الحيض عارضا سماويا وأجيب بان الاعتبار للغالب الشائع دون النادر وفيه نظر لان السؤال لم ينحصر في صورة الحيض حتى يكون نادرا وانما هو آت في الوجدانيات كالمحبة والكراهة والجوع وغيرها والصواب أن يقال الشرط في مثل ذلك هو اخبارها عن ذلك والحمل والمنع فيه متصور وقوله (بخلاف ما اذا أبانها) يتعلق بقوله وقد فات بتنجيز الثلاث أى فات الجزاء بتنجيز الثلاث المبطل للمحلية بخلاف ما اذا أبانها بطلقة أو طلقتين حيث لا يفوت الجزاء لبقاء المحل ولهذا اذا عادت اليه بعد زوج آخر عادت بثلاث طلقات عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهي مسئلة الهدم وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حر ثم باعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق مع أنه بالبيع لم يبق محلا لليمين وبينها وبين مسئلة الظهار فان هذه المرأة لو كان قال لها زوجها ان دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي فطلقها ثلاثا ثم عادت اليه بعد زوج آخر كان مظاهرا منها ان دخلت الدار وأجيب عن الاول بان العبد بصفة الرق كان محلا للعتق وبالبيع لم تفت تلك الصفة حتى لو فاتت بالعتق لم تبق اليمين وعن الثاني بان محلية الظهار لا تنعدم بالتطليقات الثلاث لان الحرمة بالظهار غير الحرمة بالطلاق فان تلك الحرمة حرمة متناهية بوجود التكفير وهذه بوجود الزوج الثاني الا أنها ان دخلت الدار بعد التطليقات الثلاث انما لا يصير مظاهرا لان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة ولا حل بينهما في ذلك الوقت وانما يوجد بعد التزوج بها فاذا دخلت الدار حينئذ ثبت الظهار

(وان قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا فطلقها اثنتين وتزوجت زوجا آخر ودخل بها ثم عادت الى الاول فدخلت الدار طلقت ثلاثا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمة الله تعالى عليه هي طالق ما بقي من الطلاق) وهو قول زفر رحمة الله تعالى عليه وأصله ان الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث عندهما فتعود اليه بالثلاث وعند محمد وزفر رحمهما الله تعالى لا يهدم ما دون الثلاث فتعود اليه بما بقي وسنبين من بعد ان شاء الله تعالى (وان قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا ثم قال لها أنت طالق ثلاثا فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار لم يقع شئ) وقال زفر رحمة الله تعالى عليه يقع الثلاث لان الجزاء ثلاث مطلق لاطلاق اللفظ وقد بقي احتمال وقوعها فتبقى اليمين ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لانها هي المانعة لان الظاهر عدم ما يحدث واليمين تعقد للمنع أو الحمل واذا كان الجزاء ما ذكرناه وقد فات بتنجيز الثلاث المبطل للمحلية فلا تبقى اليمين بخلاف ما اذا أبانها لان الجزاء باق لبقاء محله

ما دام في المجلس كذا في الذخيرة لان العطف غير مغير بل مقرر بخلاف الشرط والاستثناء واذا تعقب الشرط أجزيته ليست ايمانا تامة ذكرناه من قريب فقيد الكل واذا قال أنت طالق وعبده حر ان كلمت فلانا يتعلق كل منهما به وعن هذا اذا قال أنت طالق واحدة وثنتين وثلاثا وأربعا ان دخلت صح التعليق فيتعلق الثلاث (قوله وان قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا وطلقها اثنتين الخ) فائدة الخلاف لا تظهر في الصورة المذكورة في الكتاب للاتفاق فيها على وقوع الثلاث أما عند محمد فلان الباقي واحدة بها يكمل الثلاث وأما عندهما فالثلاث المعلقة بواسطة ملكه ثنتين بالهدم مع الواحدة الباقية وانما تظهر فيما اذا علق طلقة واحدة ثم نجز ثنتين ثم تزوجت بغيره ثم عادت الى الاول ثم وجد الشرط فعند محمد رحمه الله تعالى تحرم حرمة غليظة وعندهما لا اذ يملك بعد الوقوع ثنتين (قوله وسنبينه بعد) ونحن نبينه هنالك ان شاء الله تعالى (قوله ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك) لما قدمنا ان معنى اليمين

(قوله وكل ما كان مانعا عن وجود الشرط الخ) أقول فيه سوء ترتيب (قوله وفيه نظر) أقول وفي نظره نظر فان عدم الانحصار فيها لا يخرج أمثالها عن حيز الندرة أيضا اذ لا يحلف بامثالها في الاغلب فليتأمل

(ولوقال لامرأته اذا جامعتك فأنت طالق ثلاثا فجامعها فلما التقى الختانان طلقت ثلاثا وان لبث ساعة لم يجب عليه المهر وان أخرجه ثم أدخله وجب عليه المهر) وكذا اذا قال لامته اذا جامعتك فأنت حرة (وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى عليه انه أوجب المهر في الفصل الاول أيضا لوجود الجماع بالدوام عليه الا انه لا يجب عليه الحد للاتحاد) وجه الظاهر ان الجماع ادخال الفرج في الفرج ولا دوام للادخال بخلاف ما اذا اخرج ثم أولج لانه وجد الادخال بعد الطلاق الا أن الحد لا يجب بشبهة الاتحاد بالنظر الى المجلس والمقصود واذا لم يجب الحد وجب العقر اذ الوطء لا يخلو عن أحدهما ولو كان الطلاق رجعيا يصير مراجعا باللباث عند أبي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله لوجود المساس ولو نزع ثم أولج صار مراجعا بالاجماع لوجود الجماع والله تعالى أعلم بالصواب

انما يتحقق بكون الجزاء غالب الوقوع لتحقق الاخافة والظاهر عند استيفاء الطلقات الثلاث عدم العود لانه موقوف على التزوج بغيره والظاهر عند التزوج به عدم فراقها وعودها الى الاول لانه عقد يعقد للعمر فلا يكون غير الملك القائم مرادا لعدم تحقق اليمين باعتباره فتقييد الاطلاق به بدلالة حال المتكلم أعني ارادة اليمين وأيضا بوقوع الثلاث خرجت عن المحلية له وانما تحدث محليتها بعد الثاني فصارت كالمرتدة تحدث محليتها بالاسلام وبطلان المحلية للجزاء يبطل اليمين كفوت محل الشرط بان قال ان دخلت هذه الدار فجعلت حماما أو بستانا لا يقع اليمين فهذا كذلك بخلاف قوله لعبده ان دخلت فأنت حر ثم باعه ثم اشتراه فدخل حيث يعتق لان محليته بالرق ولم تزل بالبيع وبخلاف ما اذا طلقها ثنتين والمسئلة بحالها ثم تزوجت بغيره ثم عادت اليه فوجد الشرط حيث يقع المعلق خلافا لزفر حيث يوقع الواحدة الباقية لانه وان كان استفاد حلا جديدا يملك جديدا يملك به الثلاث لان عدم بقاء اليمين بعدم المحلية ولم تزل بالطلقتين فكانت باقية حال عودها إليه وأورد بعض أفاضل أصحابنا انه يجب ان لا يقع الا واحدة كقول زفر لقولهم المعلق طلقات هذا الملك والفرض ان الباقي من هذا الملك ليس الا واحدة فكان كما لو طلق امرأته ثنتين ثم قال أنت طالق ثلاثا فانما تقع واحدة لانه لم يبق في ملكه سواها والجواب ان هذه مشروطة والمعنى ان المعلق طلقات هذا الملك الثلاث ما دام ملكه لها فاذا زال بقي المعلق ثلاثا مطلقة كما هو اللفظ لكن بشرط بقائها محلا للطلاق فاذا نجز ثنتين زال ملك الثلاث فبقي المعلق ثلاثا مطلقة ما بقيت محليتها وأمكن وقوعها وهذا ثابت في تنجيز الثنتين فيقع والله أعلم وبخلاف ما لو قال ان دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي ثم طلقها ثلاثا ثم عادت اليه فدخلت حيث يصير مظاهرا لان الظهار تحريم الفعل لا الحل الاصلي الا ان قيام النكاح من شرطه فلا يشترط بقاؤه لبقاء المشروط كالشهود في النكاح أما الطلاق فتحريم الحل وقد فات بتنجيز الطلقات (قوله ولو قال لامرأته إذا جامعتك فأنت طالق ثلاثا فجامعها فلما التقى الختانان وقع الثلاث) ثم لم يخرجه في الحال بل لبث ساعة لم يجب عليه المهر أي العقر بهذا اللبث بخلاف ما لو أخرجه ثم أدخله (وكذا إذا قال لامته إذا جامعتك) فأنت حرة عتقت بالتقاء الختانين فاذا مكث بعده لا يجب عليه عقرلها وعن أبي يوسف انه أوجب العقر في الفصلين لوجود الجماع بالدوام بعد الثلاث والحرية وقد سقط الحد للشبهة فبقي العقر (وجه الظاهر ان الجماع الادخال وليس له دوام) حتى يكون لدوامه حكم ابتدائه بخلاف ما لو أخرج ثم أولج لانه وجد الادخال الا ان الحد لم يجب لشبهة الاتحاد أي فيه شبهة انه جماع واحد وقد كان أوله غير موجب للحد فلا يكون آخره موجبا له وذلك بالنظر الى اتحاد المقصود وهو قضاء الشهوة في المجلس الواحد وإذا امتنع الحد وجب المهر لان التصرف في البضع المحترم لا يخلو عن حد زاجر أو مهر جابر ولو كان الطلاق المعلق في هذه المسئلة رجعيا يصير مراجعا باللباث عند أبي حنيفة خلافا لمحمد لوجود المساس بشهوة وهو القياس ولمحمد ان الدوام ليس

(قوله ولو قال لامرأته اذا جامعتك فأنت طالق ثلاثا) ظاهر وقوله (في الفصل الاول) يعني اذا لم يخرجه وقوله (لوجود الجماع بالدوام عليه) معناه انه جعل الدوام على اللباث بعد الدخول بمنزلة الدخول الابتدائي وقوله (ولا دوام للادخال) معناه ان للدوام حكم الابتداء فيما له دوام والجماع هو الادخال ولا دوام له وقوله (وجب العقر) قال في ديوان الادب العقر مهر المرأة اذا وطئت بشبهة والمراد به مهر المثل وبه فسر الامام العتابي العقر في شرح الجامع الصغير وقوله (لوجود المساس) اشارة الى أن هذا له حكم دوام الجماع فيكون البقاء كابتداء الوجود عند أبي يوسف وأما دوام المساس فهو موجود بالاجماع وعن هذا قيل ينبغي أن يصير مراجعا في هذه الصورة عند الكل لوجود المساس بشهوة

﴿فصل فى الاستثناء﴾ (واذا قال الرجل لامرأته أنت طالق ان شاء الله تعالى متصلا لم يقع الطلاق)

بتعرض للبضع على ما مر فلم يوجد سبب مستأنف للرجعة بخلاف ما إذا أخرجه ثم أدخل فانه يصير مراجعا بالاجماع وعن محمد لو ان رجلا زنى بامرأة ثم تزوجها فى تلك الحالة فان لبث على ذلك لم ينزع وجب مهران مهر بالوطء ومهر بالعقد وان لم يستأنف الادخال لان دوامه على ذلك فوق الخلوة بعد العقد وقد تقدم

﴿فصل فى الاستثناء﴾ هو بيان بالا أو احدى أخواتها ان ما بعدها لم يرد بحكم الصدر وهذا يشمل المتصل والمنقطع حدا اسميا المفهوم لفظ استثناء اصطلاحا على انه متواطئ وعلى انه حقيقة فى الاخراج لبعض الجنس من الحكم مجاز فيه لبعض غيره يراد الكائن بعض الجنس فى المتصل ويقيد بغيره فى المنقطع والاوجه كون الخلاف فى ان الاحقيقة فى الاخراج لبعض الجنس من الحكم فقط وفيه من غير الجنس أيضا بالتواطئ والاشتراك اللفظى فانه أفيد بخلاف معنى لفظ استثناء فانه لا طائل تحته بل لا حاجة اليه والحق الاستثناء بالتعليق لاشتراكهما فى منع الكلام من اثبات موجبه الا أن الشرط يمنع الكل والاستثناء البعض وقدم مسئلة ان شاء الله لمشابهتها الشرط فى منع الكل وذكر أداة التعليق ولكنه ليس على مهيعة لانه منع لا الى غاية والشرط منع الى غاية تحققه كما يفيده أكرم بنى تميم ان دخلوا ولذا لم يورده فى بحث التعليقات ولفظ الاستثناء اسم توقيفى قال تعالى ولا يستثنون أى لم يقولوا ان شاء الله وللمشاركة فى الاسم أيضا تجه ذكره فى فصل الاستثناء وإنما يثبت حكمه فى صيغ الاخبار وان كان انشاء ايجاب لا فى الامر والنهى لو قال اعتقوا عبدى بعد موتى ان شاء الله لا يعمل الاستثناء فلهم عتقه ولو قال بع عبدى هذا ان شاء الله كان للمأمور بيعه قيل لان الايجاب يقع ملزما فيحتاج الى ابطاله بالاستثناء وذكره ليس الا لذلك والامر لا يقع ملزما لقدرته على عزله فلا حاجة الى الاستثناء ايجب اعتبار صحته وعن الحلوانى كل ما يختص باللسان يبطله الاستثناء كالطلاق والبيع بخلاف ما لا يختص به كالصوم لا يرفعه لو قال نويت صوم غد ان شاء الله له أداؤه بتلك النية وهل الشرط فى صحته تصحيح حروفه وان لم يسمعه أو ان يسمعه يجرى فيه الخلاف المتقدم فى القراءة فى الصلاة (قوله وإذا قال لامرأته أنت طالق ان شاء الله الخ) وكذا اذا قال ان لم يشأ الله أو ما شاء الله أو فيما شاء الله أو الا أن يشاء الله أو ان شاء الجن أو الحائط وكل من لم يوقف له على مشيئة لم يقع إذا كان متصلا فلا يفتقر إلى النية حتى لو جرى على لسانه من غير قصد لا يقع وحكى عندنا فيه خلاف قال خلف يقع وقال أسد لا يقع وهو الظاهر من المذهب لان الطلاق مع الاستثناء ليس طلاقا وقال رأيت أبا يوسف فى النوم فسألته فقال لا يقع فقلت لم قال أرأيت لو قال أنت طالق فجرى على لسانه أو غير طالق أكان يقع قلت لا قال كذا هذا وكذا إذا لم يدر ما هو إن شاء الله لما ذكرنا وصار كسكوت البكر إذا زوجها أبوها فسكتت ولا تدرى ان السكوت رضا يمضى به العقد عليها وفى خارج المذهب خلاف فى النية قيل يشترط نية الاستثناء من أول الكلام وقيل قبل فراغه وقيل ولو بعد فراغه وقيل ولو بالقرب من الكلام ولا يشترط اتصالها به واعلم ان ما شاء الله يجوز كون ما فيه موصولا اسميا فمقتضاه ان تطلق واحدة رجعية لان الغيب هو ما شاء الله من الواقع واحدة أو ثنتين أو ثلاثا ولا شك فى أنت طالق المذكور فصار كقوله أنت طالق كيف شاء الله ويحتمل كونها حرفيا أى مدة مشيئة الله فلا تطلق فالحكم بعدم الوقوع بعد ظهوره بالمنجز لا يخلو عن نظر وإنما يكون الظاهر عدم الوقوع مع المشيئة إذا كان الاظهر كونها المصدر به الظرفية ليترجح تعليقه بالمشيئة لكن الثابت لكثرة استعمالها موصولا اسميا ثم لا يقع قضاء ولا ديانة إذا قلنا بتساوى استعماليها وأخبر انه أراد الظرف اما إذا لم يكن نية فينبغى ان يقع وعلمت انه لا يحتاج الى نية أما لو قال ان شاء زيد فهو

﴿فصل فى الاستثناء﴾ الاستثناء هو التكلم بالباقى بعد الثنيا وألحقه بفصل التعليق لتآخيهما فى كونهما بيان التغيير ولما كان التعليق لكونه يمنع كل الكلام أقوى من الاستثناء لانه يمنع بعضه قدمه على الاستثناء ولما كانت مسئلة إن شاء الله تعالى تعليقا صورة ذكرها بقرب من التعليق فى أول فصل الاستثناء لقوة المناسبة من حيث ان كل واحد منهما يمنع أول الكلام أو باعتبار ان الله تعالى سمى ذلك استثناء قال ولا يستثنون واختلفوا فى ان قوله ان شاء الله بعد ذكر الجمل للابطال أو للتعليق فذهب أبو يوسف إلى الاول ومحمد إلى الثانى والى هذا اشار المصنف فى باب الاستثناء من اقرار هذا الكتاب فقال لان الاستثناء بمشيئة الله تعالى اما ابطال أو تعليق وسنذكر ثمرة هذا الاختلاف هنا الث ان شاء الله تعالى (و إذا قال لامرأته أنت طالق ان شاء الله متصلا لم يقع الطلاق)

﴿فصل فى الاستثناء﴾ (قوله ان كل واحد منهما يمنع أول الكلام) أقول منعا لا الى غاية بخلاف الشرط فانه يمنع الى غاية

لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف بطلاق أو عتاق وقال ان شاء الله تعالى متصلا به فلا حنث عليه

(لقوله عليه السلام من حلف بطلاق أو عتاق وقال ان شاء الله تعالى متصلا به لا حنث عليه)

تمليك منه معتبر فيه مجلس علمه فان شاء فيه طلقت والا خرج الامر من يده وكذا الا أن يشاء زيد او يريد أو يحب أو يرضى أو يهوى أو يرى أو الا أن يبدو له غير ذلك تقيد بمجلس العلم ويعتبر في ذلك كله اخبار فلان بلسانه لا مشيئته ورضاه بقلبه لان المشيئة واخواتها أمر باطن وله دليل ظاهر وهو العبارة فيقام مقامه كذا في شرح الجامع وكذا إذا أضاف المشيئة والثلاثة بعدها إليه تعالى بالباء فقال طالق عشيئة الله تعالى و إرادته ومحبته ورضاه لا يقع لانه معنى التعليق إذ الباء للالصاق والكائن في التعليق الصاق الجزاء بالشرط وان أضاف الاربعة وما بعدها بالباء الى العبد كان تمليكا وان قال بأمره أو بحكمه أو بقضائه أو باذنه أو بعلمه أو بقدرته وقع في الحال سواء أضافه اليه تعالى أو الى العبد لانه يراد به في مثله التنجيز عرفا وإن قال بحرف اللام يقع في الوجوه كلها سواء أضافه الى الله تعالى أو الى العبد لانه تعليل للايقاع كقوله طالق لدخولك الدار وان قال بحرف في ان أضافه اليه تعالى لا يقع في الوجوه كلها إلا في قوله طالق في علم الله تعالى فانه يقع في الحال لان في بمعنى الشرط فيكون تعليقا بما لا يوقف عليه فلا يقع الا في العلم لانه يذكر للمعلوم وهو واقع ولانه لا يصح نفيه عنه تعالى بحال فكان تعليقا بأمر موجود فيكون تنجيزا ولا يلزم القدرة لان المراد منها هنا التقدير وقد يقدر شيأ وقد لا يقدره حتى لو أراد حقيقة قدرته تعالى يقع في الحال كذا في الكافي والاوجه أن يراد العلم على مفهومه وإذا كان في علمه تعالى انها طالق فهو فرع تحقق طلاقها وكذا نقول القدرة على مفهومها ولا يقع لان معنى أنت طالق في قدرة الله تعالى أي في قدرته تعالى وقوعه وذلك لا يستلزم سبق تحققه يقال للفاسد الحال في قدرة الله صلاحه مع عدم تحققه في الحال وفيه أيضا وان أضاف الى العبد بفي كان تمليكا في الاربع الاول وما بعدها من الهوى والرؤية تعليقا في الستة الاواخر ولا يخفى ان ما ذكره في التنجيز بقوله في علم الله يأتي في قوله في ارادته ومحبته ورضاه فيلزم الوقوع بخلاف توجيهنا ولو قال طالق واحدة ان شاء الله وثنتين ان لم يشأ الله لم يقع شئ لان الاول لحقه الاستثناء فبطل والثاني باطل لانه لو وقع لشاء الله فيعدم الشرط فلم يقع فكان في تصحيحه ابطاله ولو قال طالق واحدة اليوم ان شاء الله وان لم يشأ فثنتين فمضى اليوم ولم يطلقها وقع ثنتان لانه لو شاء الله تعالى الواحدة في اليوم لطلقها فيه فيثبت انه لم يشأ الله الواحدة فتحقق شرط وقوع الثنتين وهو عدم مشيئته تعالى الواحدة بخلاف السابقة لان شرط وقوع الثنتين فيها عدم مشيئتها فلا يمكن وقوعهما مع عدم مشيئته تعالى عز وجل والمسئلتان مذكورتان في النوازل وقال في المنتقى لو قال طالق اليوم ثنتين ان شاء الله وان لم يشأ في اليوم فطالق ثلاثا فمضى اليوم ولم يطلقها طلقت ثلاثا وجهه ما بينا وقال لو لم يقيد باليوم في اليمينين فهو الى الموت فان لم يطلقها طلقت قبيل الموت ثلاثا بلا فصل وقد ظن انه مخالف مسئلة النوازل والجواب ان مسئلة المنتقى تعليق الثلاث بعدم مشيئة الله تعالى التطليقتين وقد وجد المعلق عليه قبيل الموت اذ لو شاء الله تعالى التطليقتين لاوقعهما الزوج وفي مسئلة النوازل تعليق التطليقتين بعدم مشيئة الله اياهما فلا يقعان أبدا (**قوله** لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف بطلاق الخ) غريب بهذا اللفظ ومعناه مروى أخرج أصحاب السنن الاربعة من حديث أيوب السختياني عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على يمين فقال ان شاء الله فقد استثنى لفظ النسائي ولفظ الترمذي فلا حنث عليه وأخرجه أحمد والنسائي وابن ماجه وقال الترمذي حديث حسن غريب وقد روى نافع عن ابن عمر موقوفا وعن سالم عن ابن عمر موقوفا ولا نعلم أحدا رفعه غير أيوب السختياني وقال اسمعيل بن ابراهيم كان أيوب أحيانا يرفعه وأحيانا لا يرفعه اه وهذا كله غير قادح في الرفع لما قدمنا في نظائره غير مرة من تعارض الوقف والرفع

واعلم

ولانه أتى بصورة الشرط فيكون تعليقا من هذا الوجه وانه اعدام قبل الشرط والشرط لا يعلم ههنا فيكون اعداما من الاصل ولهذا يشترط أن يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط (ولو سكت ثبت حكم الكلام الاول)

واعلم أن مالكا رحمه الله يقول بوقوع الطلاق مع لفظ ان شاء الله والاستدلال بالحديث المورد في اليمين لا يتم في مجرد أنت طالق ان شاء الله وسنبين ان شاء الله ذلك في كتاب الايمان وأما ما أخرج ابن عدي في الكامل عن اسحق بن أبي يحيى الكعبي عن عبد العزيز بن أبي رواد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قال لامرأته أنت طالق ان شاء الله تعالى أو لغلامه أنت حر ان شاء الله تعالى أو على المشي الى بيت الله ان شاء الله فلا شيء عليه وهو معلول باسحق هذا نقل تضعيفه عن الدارقطني وابن حبان ولم يعلم توثيقه عن غيرهما وأخرج الدارقطني عن معاذ بن جبل رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من طلق واستثنى فله ثنياه ضعفه عبد الحق بحميد وتعدد طرق الضعيف عندنا وان كان يخرجه الى الحسن اذا لم يكن ضعفه بالوضع لكن هذا القدر من التعدد لا يكفي (قوله ولانه أتى بصورة الشرط) أي بحرفه دون حقيقته لان مشيئة الله تعالى اما ثابتة قطعا أو منتفية قطعا فلا تردد في حكمها وما يكون كذلك فهو تعليق (فيكون تعليقا من هذا الوجه) يعني من حيث الصورة (وانه اعدام) أي التعليق اعدام العلية قبل وجود الشرط (قوله والشرط لا يعلم هنا فيكون اعداما من الاصل) يشير الى أن التعليق بالمشيئة ابطال وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لقوله تعالى حتى يلج الجمل في سم الخياط وقال

اذا شاب الغراب أتيت أهلي * وعاد القار كاللبن الحليب

وعند أبي يوسف تعليق ملاحظة للصيغة وهما لاحظا المعنى وهو أولى وقد نقل الخلاف بين أبي يوسف ومحمد على عكسه وثمرته تظهر فيما اذا قدم الشرط فقال ان شاء الله أنت طالق تطلق على التعليق لعدم الفاء في موضع وجوبها فلا يتعلق ولا تطلق على الابطال وفي شرح المجمع للمصنف عكس هذا وهو غلط فاجتنبه بخلاف قوله ان شاء الله فأنت طالق وفيما اذا جمع بين يمينين فقال أنت طالق ان دخلت الدار وعبدي حر ان كلمت زيدا ان شاء الله فعلى التعليق يعود الى الجملة الثانية فلو كلمت زيدا لا يقع ولو دخلت الدار يقع وعلى الابطال الى الكل لعدم الاولوية بالابطال فلو كلمت زيدا أو دخلت الدار لا يقع ولو أدخله في الايقاعين فقال أنت طالق وعبدي حر ان شاء الله ينصرف الى الكل فلا تطلق ولا يعتق بالاجماع أما عندهما فلما قلنا من عدم الاولوية بالابطال وأما عند أبي يوسف فلانه كالشرط والشرط اذا دخل على ايقاعين يتعلقان به وفيما اذا حلف لا يحلف بالطلاق وقاله حنث على التعليق لا الابطال وفي فتاوى قاضيخان الفتوى على قول أبي يوسف الا أنه عزى اليه الابطال فتحصل أن الفتوى على انه ابطال (قوله ولو سكت ثبت حكم الكلام الاول) أي اذا سكت كثيرا بلا ضرورة بخلافه بجشاء أو تنفس وان كان له منه بد بخلاف ما لو سكت قدر التنفس ثم استثنى لا يصح الاستثناء للفصل ولا فصل اللغو تطلق ثلاثا في قوله أنت طالق ثلاثا وثلاثا ان شاء الله عند أبي حنيفة خلافا لهما لان التكرار للتأكيد شائع فيحمل عليه كقوله طالق واحدة ان شاء الله وهو يقول قوله وثلاثا لغو فيقع فاصلا فيبطل الاستثناء فتطلق ثلاثا وعلى هذا الخلاف عبده حر وحر ان شاء الله ولو قال حر حر بلا واو واستثنى لا يعتبر فاصلا بلا خلاف لظهور التأكيد وقياسه اذا كرر ثلاثا بلا واو وأن يكون مثله ولو قال عبده حر وعتيق ان شاء الله صح فلا يعتق بخلاف حر وحر لان العطف التفسيري انما يكون بغير لفظ الاول فلا يصح وحر لقوله حر تفسيرا فكان فاصلا بخلاف حر وعتيق ومثل ثلاثا وثلاثا لو قال أنت طالق وطالق

(ولانه أتى بصورة الشرط) أي بحرف الشرط صريحا دون حقيقته لان حقيقة الشرط عبارة عما يكون على خطر وتردد ومشيئة الله ليست كذلك لثبوتها قطعا أو انتفائها كذلك وما هو كذلك فهو تعليق (فيكون تعليقا من هذا الوجه) يعني من حيث الصورة (والتعليق اعدام) أي اعدام العلية قبل وجود الشرط والشرط ههنا غير معلوم لنا أصلا (فيكون اعداما من الاصل) فكان ابطالا للكلام (ولهذا يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط) لكونه بيان تغيير وشرطه الاتصال (فلو سكت ثبت حكم الكلام الاول فيكون الاستثناء أو ذكر الشرط بعده رجوعا عن الاول

(قوله ومشيئة الله تعالى ليست كذلك لثبوتها قطعا) أقول فيه تأمل الا ان يكون الكلام مبنيا على أزلية تعلقات صفات الله تعالى على ما هو مذهب قدماء أهل السنة (قوله وما هو كذلك) أقول أي الذي أتى فيه بحرف الشرط قال المصنف (فيكون اعداما من الاصل) أقول قال ابن الهمام يشير الى أن التعليق بالمشيئة ابطال وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله تعليق ملاحظة للصيغة وهما لاحظا المعنى وهو أولى اه وفيه بحث فان أبا يوسف استدل بهذا أيضا على مذهبه كما سيجيء في كتاب الاقرار

وطالق ان شاء الله طلقت ثلاثا عند أبي حنيفة وعندهما يصح الاستثناء كقوله طالق أربعا ان شاء الله
ولو قال طالق واحدة وثلاثا ان شاء الله صح الاستثناء اتفاقا لانه ليس لغوا لانه يثبت به تكميل الاول
ولو قال ثلاثا بوائن أو البتة لايصح الاستثناء في ظاهر الرواية لانه مع الثلاث لغو وعن محمد يصح هذا
و يتراءى خلاف في الفصل بالذكر القليل فانه ذكر في النوازل لو قال والله لا أكلم فلانا أستغفر الله ان شاء
الله هو مستثن ديانة لاقضاء وفي الفتاوى لو أراد أن يحلف رجلا ويخاف أن يستثني في السر يحلفه
و يأمره أن يذكر عقيب اليمين موصولا سبحان الله أو غيره من الكلام والاوجه أن لا يصح الاستثناء
بالفصل بالذكر ولو كان بلسانه ثقل وطال تردده ثم قال ان شاء الله أو أراد أن يقول فسد انسان فاه
ساعة ثم أطلقه فاستثنى متصلا برفعه صح وعن هشام سألت محمدا عمن قال لامرأته أنت طالق ثلاثا
وهو يريد أن يستثني فأمسكت فاه قال يلزمه الطلاق قضاء وديانة يعني اذا لم يستثن بعد التخلية ولا
يكتفى بذلك الفصل واشتراط الاتصال قول جماهير العلماء منهم الاربعة وعن ابن عباس جوازه الى
سنة وعنه أبدا وقال سعيد بن جبير الى أربعة أشهر وعن الحسن البصري تقيد بالمجلس وهو قول
الاوزاعي استدلالا بحديث سليمان عليه السلام لأطوفن الليلة على تسعين امرأة كل تلد غلاما فقال له
صاحبه يعني الملك قل ان شاء الله فنسي الى آخره فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لو قالها لقاتلوا أجمعا
قلنا يحتمل قول الملك له قبل فراغه وقوله صلى الله عليه وسلم لو قالها يعني متصلا واستدل المطلقون
بظواهر منها انه صلى الله عليه وسلم قال في مكة لا يختلى خلاها الحديث فقال له العباس رضي الله عنه
الا الاذخر فسكت ثم قال الا الاذخر ومنها انه قال في أسرى بدر لا يفلتن أحد منهم الا بفداء أو ضربة
عنق فقال ابن مسعود الا سهيل بن البيضاء فقال الا سهيل بن البيضاء وما أجيب به عن هذين بأنه كان
على جهة النسخ دفع بأنه بالاوهى تؤذن باتصال ما بعدها بما قبلها وليس بلازم لان المقصود الرفع بنفس
لفظ القائل اذانا بأنه وافق الشرع المتجدد وفي العرفيات مثل هذا كثير فيقدر له جملة تشاكل الاولى
مدلول عليها بها كأنه قال لا يختلى خلاها الا الاذخر ومنها ما رواه أبو داود فان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال والله لاغزون قريشا والله لاغزون قريشا ثم سكت ثم قال ان شاء الله ثم لم يغزهم ويجاب
بأن كونه لم يغزهم لا يدل على انه لم يكفر ولم يحنث وهو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد حلف انه
لا يحلف على يمين فيرى غيرها خيرا منها الا أتى التي هي خير وكفر عنها فحين رأى ان عدم غزوهم خير لم
يفعل ما حلف عليه ومنها الطلاق قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق فلا حنث عليه
والجواب انه محمول على الاتصال بالعرف العملي لان عرف جميع الناس وصل الاستثناء لا فصله ولو لم يكن في
لفظ الحديث ما يدل عليه فكيف ولفظه يدل عليه حيث قال بالفاء الدالة على الوصل والتعقيب بلا مهلة
من حلف على يمين فقال ان شاء الله ثم يوجبه أيضا اللوازم المذكورة في الاصل من انه يستلزم أن لا يحكم
بوقوع طلاق ولا عتاق ولا اقرار بمال ولا مالا يحصى من اللوازم الباطلة وبذلك أخاف أبو حنيفة
المنصور حين وشى به أعداؤه اليه بأنه يرد رأي جدك ابن عباس في جواز الاستثناء المنفصل فقال له ما معناه
إن مخالفته فيه تحصين الخلافة عليك ومنع خروج المخالفين لك من الخروج عليك والا جاز لهم أن
يستثنوا اذا خرجوا من عندك ومذهب الشافعي كمذهبنا في أنه اذا قال متصلا بقوله طالق أو حر ان
شاء الله لا يقع الطلاق والعتاق وقال مالك وأحمد في ظاهر الرواية عنه يتنجزان لانه علقهما بشرط محقق
لانه لو لم يشأ الله كلا من طلاقها وعتاقها لم يمكنه التلفظ به ويوضحه انه اذا أراد صدور اللفظ منه فقد شاء
الله صدوره وان أراد وجود الطلاق والعتاق فقد حكمت الشريعة أنه اذا صدر اللفظ وجب كل منهما وان
أراد ما يكون من المشيئة فيما بعد فمشيئته قديمة عند أهل السنة والجماعة فظنه أنها تتجدد محال والحجة
لنا ما رويناه من المعنى والجواب عن متمسكه انه لم يعلقه بمحقق لانه لا يمكن الاطلاع على ما في

وقوله (فيكون الاستثناء) يعني على قول محمد (أو ذكر الشرط) يعني على قول أبي يوسف وقوله (وكذا إذا ماتت) معطوف على قوله لم يقع الطلاق يعني إذا ماتت بعد قوله أنت طالق قبل قوله ان شاء الله لا يقع الطلاق لان الكلام

فيكون الاستثناء أو ذكر الشرط بعده رجوعا عن الاول قال رضي الله تعالى عنه (وكذا اذا ماتت قبل قوله ان شاء الله تعالى) لان بالاستثناء خرج الكلام من أن يكون ايجابا والموت ينافي الموجب دون المبطل بخلاف ما اذا مات الزوج لانه لم يتصل به الاستثناء (وان قال أنت طالق ثلاثا الا واحدة طلقت ثنتين وان قال أنت طالق ثلاثا الا اثنتين طلقت واحدة)

مشيئة الله تعالى ونختار أنه أراد تعليق وجود الطلاق والعتاق بمشيئة الله تعالى وقوله فقد حكمت الشريعة الى آخره ليس على اطلاقه إذ التعليقات من نحو أنت طالق ان قدم زيد أو دخلت الدار وجد فيه لفظ الطلاق ولم تحكم الشريعة بوقوعه في الحال بالاجماع وما نحن فيه من هذا القبيل (قوله فيكون الاستثناء أو ذكر الشرط الخ) إنما نوعه لما ذكرنا انه على قول محمد استثناء وعلى قول أبي يوسف تعليق على أحد وجهي النقل عنهما وقريب من الاستثناء لو قال ان دخلت فلله علي ان أتصدق بمائة مثلا قال في النوازل هذا قريب من الاستثناء لان من الامثال ما ليس به حقيقة ولان المثل تشبيه ولا يكون في التشبيه ايجاب المال قال وبه نأخذ الا ان يريد الايجاب على نفسه ﴿فروع﴾ طلق أو خلع ثم ادعى الاستثناء أو الشرط ولا منازع لا اشكال في ان القول قوله وكذا اذا كذبته المرأة فيه ذكره في الحاوي للامام محمود البخاري ولو شهدا عليه بأنه طلق أو خالعها بغير الاستثناء أو قالا لم يستثن قبلت وهذه من المسائل التي تقبل فيها الشهادة على النفي فان لم يشهدا على النفي بل قالا لم نسمع منه غير لفظة الطلاق والخلع والزوج يدعي الاستثناء ففي المحيط القول قوله وفي فوائد شمس الاسلام الاوزجندي لا يسمع دعوى الاستثناء اذا عرف الطلاق بالبينة بل إذا عرف باقراره ومثله اذا قال لعبده أعتقتك أمس وقلت ان شاء الله لا يعتق وفي الفتاوى للنسفي لو ادعى الاستثناء وقالت بل طلقني فالقول لها ولا يصدق الزوج الا ببينة بخلاف ما لو قال لها قلت لك أنت طالق ان دخلت فقالت طلقني منجزا القول قوله وفي الفتاوى الصغرى اذا ذكر الجعل لا تسمع دعوى الاستثناء والطلاق على مال كالخلع ونقل نجم الدين النسفي عن شيخ الاسلام أبي الحسن ان مشايخنا أجابوا في دعوى الاستثناء في الطلاق ان لا يصدق الزوج الا ببينة لانه خلاف الظاهر وقد فسد حال الناس والذي عندي ان ينظر فان كان الرجل معروفا بالصلاح والشهود لا يشهدون على النفي ينبغي ان يؤخذ بما في المحيط من عدم الوقوع تصديقا له وان عرف بالفسق أو جهل حاله ينبغي ان لا يؤخذ بقول المانع لغلبة الفساق في هذا الزمان ولو طلق فشهدا انك قد استثنيت وهو غير ذاكر ان كان بحيث اذا غضب لا يدري ما يقول وسعه الاخذ بشهادتهما والا لا يأخذ بها (قوله وكذا اذا ماتت) معطوف على قوله واذا قال لامرأته أنت طالق ان شاء الله متصلا لم يقع الطلاق وقوله والموت ينافي الى آخره جواب عن مقدر هو ان الموت ينافي الواقع من الطلاق حتى لو قال لها أنت طالق أو طالق ثلاثا فماتت قبل الوصف أو العدد لا يقع فينبغي ان ينافي الاستثناء وهو المبطل فيقع الطلاق أجاب بأن الموت ينافي الموجب فيبطل به وينافي الاستثناء فلا يبطل به (قوله بخلاف ما لو مات الزوج) قبل الاستثناء وهو يريده ويعلم ارادته بأن ذكر لآخر قصده قبل التلفظ بالطلاق وقول من قال يحتمل كذبه على الرجل في ذلك أو أن يبدو له فيتركه ليس بشئ لانه خلاف الظاهر ولانه يجب تصديقه فيه ثم الواقع الوقوع فيحنثه هذا اذا كان لاثبات عدم الوقوع فقد خرق الاجماع اذا اكتفى في اثبات حكم الاستثناء بنية الاستثناء والا فلا فائدة له غير اللجاج (قوله ولو قال الا اثنتين طلقت واحدة) وعن أبي يوسف لا يصح

خرج بالاستثناء من ان يكون ايجابا واذا بطل الايجاب بطل الحكم فان قيل الايجاب وجد في حياتها والاستثناء بعدها فيكون باطلا لعدم المحل وإذا بطل الاستثناء صح الايجاب فيقع الطلاق أجاب بقوله (والموت ينافي الموجب دون المبطل) يعني ان الايجاب لو اتصل بالموت بأن تموت قبل تمام قوله أنت طالق بطل وأما المبطل وهو الاستثناء أو الشرط فلا يبطل لان مبطل الشئ ما ينافيه ولا منافاة بين مبطل ومبطل بخلاف الموجب فان المبطل ينافيه فيرفعه (بخلاف ما اذا مات الزوج) بعد قوله أنت طالق قبل قوله ان شاء الله وهو يريد الاستثناء حيث يقع الطلاق لانه لم يتصل به الاستثناء وانما تعلم ارادته الاستثناء بقوله قبل ذلك اني أطلق امرأتي واستثني (وان قال أنت طالق ثلاثا الا واحدة طلقت ثنتين وان قال الا اثنتين طلقت واحدة) وفي ذكر المثالين اشارة الى ان استثناء القليل والكثير سواء خلافا للفراء فانه لا يجوز الا كثر ويدعي انه لم يتكلم به العرب

(قوله وقوله فيكون الاستثناء يعني على قول محمد أو ذكر الشرط يعني على قول أبي يوسف) أقول مخالف لما أسلفه آنفا الا ان يكون اشارة الى النقل الآخر عنهما ثم أقول ولا يبعد ان يقال الظاهر ان المراد فيكون الاستثناء فيما نحن فيه وذكر الشرط في سائر الشروط

والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه اذ لا فرق بين قول القائل لفلان على درهم وبين قوله عشرة الا تسعة فيصح استثناء البعض من الجملة لانه يبقى التكلم بالبعض بعده ولا يصح استثناء الكل من الكل لانه لا يبقى بعده شئ ليصير متكلما به وصارفا اللفظ اليه

الاستثناء لانه استثنى الاكثر وهو قول طائفة من أهل العربية وبه قال أحمد قالوا لم تتكلم العرب به وقوله تعالى ان عبادى ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين والغاوون الاكثرون قال تعالى وما أكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين لا دليل فيه لان الاستثناء منقطع اذ المراد بعبادي الخلص هكذا استقر الاستعمال القرآني على ان هذه النسبة للتشريف فلم يدخل الغاوون قلنا لا نسلم عدم ثبوته لغة وما ذكرتم من التأويل في الآية ممنوع ولو سلم مع ما فيه ففي الحديث الصحيح عنه صلى الله عليه وسلم فيما يرويه عن ربه عز وجل يا عبادي كلكم جائع الا من أطعمته يا عبادي كلكم عار الا من كسوته ولو سلم فعدم السماع في تركيب معين لا يستلزم عدم صحة استعماله ألا ترى انه لم يسمع له مائة الاثنا وسدس ثمن وسائر الكسور ويجوز استعمالها وهذا لان الاستثناء بيان ان المستثنى لم يرد بالصدر فحاصل التركيب من المستثنى والمستثنى منه انه تكلم بالباقي بعد المستثنى وقولهم اخراج عن الصدر الى آخره تجوز لان حقيقة الاخراج متعذرة لانها تستدعي سبق الدخول فان اعتبر الدخول في التناول فالاستثناء لا يفيد الاخراج منه لانه باق بعد الاستثناء لان تناول اللفظ بعلة وضعه لتمام المعنى وهي قائمة مطلقا فلا يتصور الاخراج منها وان اعتبر الدخول في الارادة بالحكم لزم ان يكون كل استثناء نسخا ويلزم أن لا يصح في نحو قوله تعالى فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما من الاخبارات لان المتكلم حينئذ اما أن يكون كاذبا في ارادة عموم الصدر بالحكم حيث لم يكن في الواقع أو في الاستثناء ان كان هو المنتفي أو غالطا في أحدهما ويستحيلان في حقه تعالى فلزم بالضرورة انه بيان ان ما بعد الا لم يرد بالحكم ثم هل يكون مرادا بالصدر أعني العام أو الكل ثم أخرج ثم حكم على الباقي أو أريد ابتداء بالصدر ما سوى ما بعد الا والاقرب بنته خلاف لا يوجب خلافا فيما ذكرنا ان حاصل تركيب الاستثناء تكلمه بالباقي أي حكمه عليه وحققنا في الاصول ان معنى القول الاول انه أريد عشرة وحكم على سبعة في قوله على عشرة الا ثلاثة فارادة العشرة بعشرة باق بعد الحكم والا فهو المذهب الآخر بزيادة تكلف ثم ما ذكرنا من تحقيق دلالته لا يستلزم كون عشرة الا ثلاثة اسما مرادفا للمعنى سبعة كما نسب الى القاضي الباقلاني على ان التحقيق ان قوله هو أحد المذهبين كما حققناه في الاصول بل مراده ما ذكره المصنف من قوله اذ لا فرق بين قول القائل على درهم وعشرة الا تسعة وقوله هو الصحيح احتراز من قول من قال اخراج وفيه معنى المعارضة لاستلزامه في الاخبار ما ذكرنا ونسب الى الشافعية والله أعلم فانهم مصرحون بأنه من المخصصات والتخصيص بيان ان المخصص لم يكن مرادا أو قالوه على تأويله بظاهر اللفظ وهو الظاهر لان مسئلة الاستثناء من النفي اثبات توجب القول بالمعارضة لانها توجب حكمين على الثلاثة مثلا في ضمن العشرة بالاثبات وبعد الا بالنفي لكن لا شك في انه بحسب الظاهر لا حقيقة للاسنادين فيها والا كان تناقضا وحينئذ فالثابت صورة المعارضة بين حكم الصدر وما بعد الا وترجح الثاني فيجب حمل المرجوح عليه كما هو لكل معارضة ترجح فيها أحد المتعارضين فظهر انه لم يحكم في الصدر الا على سبعة (قوله ولا يصح استثناء الكل من الكل) قيل لانه رجوع بعد التقرر وهو لا يجوز ودفع بانه لو كان كذلك لصح فيما يقبل الرجوع وهو الوصية

عشرة الا تسعة فيصح استثناء البعض قليلا كان أو كثيرا أو أكثر من الجملة لبقاء التكلم بالبعض بعده (ولا يصح استثناء الكل من الكل) مثل ان يقول عشرة إلا عشرة لانه لم يبق بعد الاستثناء شئ (يصير متكلما به وصارفا اللفظ اليه) فبقي كلامه الاول كما كان ويقع الثلاث وقد ظن بعض أصحابنا ان الاستثناء رجوع والرجوع عن الطلاق باطل فلذلك لم يصح وليس كذلك لما أنه أبطل استثناء الكل في الوصية مع أن الوصية تحتمل الرجوع وذكر المصنف في زياداته أن استثناء الكل من الكل انما لا يصح اذا كان بعين ذلك اللفظ وأما اذا استثنى بغير ذلك اللفظ فيصح وان كان استثناء الكل من الكل من حيث المعنى فانه لو قال كل نسائي طوالق الا كل نسائي لا يصح الاستثناء بل يطلقن كلهن ولو قال كل نسائي طوالق الا زينب وعمرة وبكرة وسلمى لا تطلق واحدة منهن وان كان هو استثناء الكل من الكل وهذا لان الاستثناء تصرف لفظي فيصح فيما صح فيه اللفظ فلما استثنى الجزء من الكل صح لفظا فكذا فيما بقي اذ لو كان الاستثناء يتبع الحكم الشرعي لما صح في قوله أنت طالق عشرة الا تسعة لما انه لا مزيد على الثلاث شرعا وهو صحيح بلا خلاف

لكنه

قوله وذكر المصنف في زياداته ان استثناء الكل من الكل الى قوله وان كان هو استثناء من الكل) أقول دليله مذكور في الشروح

وانما يصح الاستثناء اذا كان موصولا به كما ذكرنا من قبل واذا ثبت هذا ففى الفصل الاول المستثنى منه ثنتان فيقعان وفى الثانى واحدة فتقع واحدة ولو قال الا ثلاثا يقع الثلاث لانه استثناء الكل من الكل فلم يصح الاستثناء والله تعالى أعلم بالصواب

لكنه لا يجوز فيه أيضا لو قال أوصيت لفلان بثلث مالى الا ثلث مالى لا يصح الاستثناء فعلم انه لغيره وهو ما ذكر فى الكتاب من انه حينئذ لا يبقى بعده شئ يصير متكلما به وتركيب الاستثناء لم يوضع الا للتكلم بالباقى بعد الثنيا الا لنفى الكل كما يفيده التبادر مع الاتفاق على نفى انه لنفى الكل بل يفيد ذلك قوله ليس له شئ من العشرة ونحوه واستقراء استعمالات العرب تفيده وما حكى عن بعضهم من تجويزه يجب حمله على كون الكل مخرجا بغير لفظ الصدر أو مساويه كعبيدى احرار الا مماليكى فيعتقون كما صرح به فى المبسوط وقاضيخان وزيادات المصنف فلو قال نسائى طوالق الا زينب وعمرة وفاطمة وحفصة لا تطلق واحدة منهن وفى البقالى لو قال كل امرأة لى طالق الا هذه وليس له امرأة غيرها لا تطلق وفى الذخيرة لو قال أنت طالق ثلاثا الا واحدة وواحدة وواحدة بطل الاستثناء ووقع الطلاق الثلاث عند أبى حنيفة وعندهما يقع ثنتان وعن أبى يوسف واحدة وهو قول زفر فكان أبا حنيفة يرى توقف صحة الاولى الى ان يظهر انه مستغرق أولا وهما يريان اقتصار صحته على الاولى وزفر يرى اقتصاره على الاولى والثانية وقول أبى حنيفة أوجه لان الصدر متوقف على الاخراج ولو قال طالق واحدة وواحدة وواحدة الا ثلاثا بطل الاستثناء اتفاقا لعدم تعدد يصح معه اخراج شئ ولو قال واحدة وثنتين الا اثنتين أو ثنتين وواحدة الا اثنتين يقع الثلاث وكذا ثنتين وواحدة الا واحدة لانه فى الاولين اخراج الثنتين من الثنتين أو الواحدة وفى الثالثة واحدة من واحدة فلا يصح بخلاف ما لو قال طالق واحدة وثنتين الا واحدة حيث تطلق ثنتين لصحة اخراج الواحدة من الثنتين والاصل ان الاستثناء انما ينصرف الى ما يليه واذا تعقب جملا قيد الاخيرة منها وكما قيدنا بطلان المستغرق بما اذا كان بلفظ الصدر أو مساويه كذلك يجب تقييده بما اذا لم يكن بعد المستغرق استثناء آخر يكون جبرا للصدر فان كان صح فانه ذكر فى فتاوى الولوالجى لو قال أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا الا واحدة طلقت واحدة واعلم انه اذا تعدد الاستثناء بلا واو كان الكل اسقاطا مما يليه فيلزم ان كل فرد اسقاط من الصدر وكل شفع جبر له فاذا قال طالق ثلاثا الا اثنتين الا واحدة كان الواقع ثنتين لانك أسقطت من الثلاث ثنتين أولا فصار الحاصل واحدة ثم أسقطت من الساقط من الصدر واحدة فجبر بها الصدر فصار الباقى ثنتين فقد أخرج من الثلاث المستثناة واحدة فصارت ثنتين ثم أخرجهما من الثلاث الصدر فصار الباقى واحدة وهذا بناء على ان الثلاث المستثناة من الثلاث لم تبطل بل تتوقف الى أن يظهر استثناء منها فيصح أولا فيبطل والله أعلم وأصل صحة الاستثناء من الاستثناء قوله تعالى الا آل لوط انا لمنجوهم أجمعين الا امرأته ومن فروعها المعروفة له على عشرة الا تسعة الا ثمانية الا سبعة الا ستة الا خمسة الا أربعة الا ثلاثة الا اثنتين الا واحدة تلزمه خمسة ولو قال ثنتين وأربعا الا ثلاثا يقع الثلاث ذكره القدورى وأصله ان الاستثناء تصرف فى اللفظ أولا ويستتبع الحكم على ذلك التقدير لا فى الحكم ابتداء فلو أوقع أكثر من الثلاث ثم استثنى كان الاستثناء من الكل ولهذا لو قال أنت طالق أربعا الا ثلاثا تقع واحدة أو عشرة الا تسعة طلقت واحدة أو خمسا الا واحدة يقع الثلاث وفى المنتقى طالق ثلاثا وثلاثا الا أربعا فهى ثلاث عند أبى حنيفة وزفر لانه يصير قوله وثلاثا فاصلا لغوا فاستثنى الاكثر فيقع الكل وعند أبى يوسف يقع ثنتان وهو الظاهر من قول محمد كأنه قال ستا الا أربعا وما ذكر شيخ الاسلام انه ينوى فان قال عنيت ثنتين من الثلاث الاول وثنتين من الثلاث الاخيرة يصح الاستثناء والا فلا خارج عن قانون الاستثناء ولم يذكر النية كذلك الحلوانى فى هذه المسئلة ولا فى

وقوله (وانما يصح اذا كان موصولا به) ظاهر والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

لما فرغ من بيان طلاق الصحيح سنيا و بدعيا صريحا وكناية تنجيزا وتعليقا كلا وجزأ شرع في بيان طلاق المريض متعرضا لبعض ما ذكر إذ المرض من العوارض السماوية فأخر بيانه عن بيان حكم من به الأصل وهو الصحة (وإذا طلق الرجل امرأته في مرض موته وهذا) يسمى طلاق الفار والأصل فيه ان من أبان امرأته في مرض موته بغير رضاها وهي ممن ترثه ثم مات عنها وهي في العدة ورثته خلافا للشافعي قيد بالابانة لان الطلاق اذا كان رجعيا كان توريثهما منه باعتبار أن حكم النكاح باق من كل وجه لا باعتبار الفرار وقيد بمرض موته لانه اذا طلقها ثلاثا في مرض فصح منه ثم مات لا ترث وبغير الرضا لانه اذا كان برضاها لا ترثه وبمن ترثه لانها ان كانت كتابية أو أمة لا ترث وبالموت في العدة لانها انه ماتت بعد انقضائها لم ترث خلافا لمالك وحكم الفرار كما ثبت من جانبه يثبت من جانبها كما اذا ارتدت والعياذ بالله وهي مريضة فانه يرثها (وقال الشافعي لا ترث في الوجهين) يعني قبل انقضاء العدة وبعدها لان سبب ارثها منه الزوجية والزوجية قد بطلت بهذا العارض

﴿ باب طلاق المريض ﴾

(وإذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقا بائنا فمات وهي في العدة ورثته وان مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها) وقال الشافعي رحمه الله لا ترث في الوجهين لان الزوجية قد بطلت بهذا العارض

المنتقى ولو قال طالق ثلاثا الا واحدة أو ثنتين طولب بالبيان فان مات قبله طلقت واحدة في رواية ابن سماعة عن أبي يوسف وهو قول محمد وهو الصحيح وفي رواية أخرى ثنتان وما قيل ان هذه الرواية تناسب أصل أبي يوسف يعني في منع اخراج الاكثر فمما لا ينبغي لان تلك رواية عنه لا ظاهر مذهبه نعم هذه الرواية تناسب تلك الرواية وجه الصحيح انه وقع الشك في الثانية فلا يقع بالشك فتقع واحدة ﴿فرع﴾ اخراج بعض التطليقة لغو بخلاف ايقاعه فلو قال طالق ثلاثا الا نصف تطليقة وقع الثلاث وهو قول محمد وهو المختار وقيل على قول أبي يوسف ثنتان لان التطليقة لا تتجزأ في الايقاع فكذا في الاستثناء فكأنه قال الا واحدة والجواب ان في الايقاع انما لا يتجزأ لمعنى في الموقع وهو لم يوجد في الاستثناء فيتجزأ فيه فصار كلامه عبارة عن تطليقتين ونصف فتطلق ثلاثا

﴿ باب طلاق المريض ﴾

لما فرغ من طلاق الصحيح باقسامه من التنجيز والتعليق والصريح والكناية وكلا وجزأ شرع في بيان طلاق المريض اذ المرض من العوارض وتصور مفهومه ضروري اذ لا شك ان فهم المراد من لفظ المرض أجلى من فهمه من قولنا معنى يزول بحلوله في بدن الحي اعتدال الطبائع الاربع بل ذلك يجري مجرى التعريف بالاخفى (قوله في مرض موته) احترازعما لو صح من ذلك المرض بعدما طلقها ثم مات وهي في العدة لا يكون له حكم مرض الموت فلا ترثه وقيد بالبائن لان في الرجعي يرثها وترثه في العدة وان طلق في الصحة لقيام النكاح قال ابن المنذر أجمع أهل العلم ان في طلاق يملك الرجعة بعد الدخول يتوارثان في العدة وأجمعوا انه لو طلقها في الصحة في كل طهر واحدة ثم مات أحدهما لا ترثه الآخر وبالعدة لانها لا ترثه اذا مات بعد انقضائها خلافا لمالك في قوله ترث وان تزوجت بعشرة أزواج ولابن أبي ليلى في قوله ترث ما لم تتزوج وهو قول أحمد ويعرف من تقييد الارث بالعدة انه لو طلق امرأته التي لم يدخل بها في مرض مات فيه لا ترث لانها لا عدة عليها من ذلك الطلاق وقيد بغير الرضا لانه لو طلقها برضاها لا ترث ولا بد من قيد كونهما ممن يتوارثان حال الطلاق لانه تعلق حقها بماله اذا مرض هو اذ ذلك حتى لو كانت كتابية أو أحدهما مملوكا وقت الطلاق لا ترث وان أسلمت في العدة قبل موته أو عتق لا ترث أما لو قال في مرضه اذا أسلمت فأنت طالق بائنا ترثه لانه علق بزمان تعلق حقها بماله واختلفوا فيما اذا دام به المرض أكثر من سنتين ثم مات ثم جاءت بولد بعد موته لاقل من ستة أشهر فعند أبي يوسف ترث وعندهما لا ترث بناء على ان المبانة اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين تنقضي به العدة عنده حملا على انه حادث في العدة من زنا فلا يثبت نسبه منه ويتيقن بوضعه

﴿ باب طلاق المريض ﴾

(قوله وتعليقا كلا وجزأ) أقول لعل مراده تطليقها نصف تطليقة أو ثلثها أو ما أشبه ذلك (قوله لانه إذا كان برضاها لا ترثه الخ) أقول فيه انه إذا طلقت نفسها ثلاثا فأجاز الزوج في مرضه ترث وليس ذلك أقل من الرضا فليتأمل في الفرق وليس لك ان تقول المراد براءة تطليق نفسها في صحته لانه صرح في الغاية انها اذا طلقت نفسها ثلاثا في مرض موته (قوله وحكم الفرار كما يثبت الى قوله فانه يرثها) أقول كيف يرث ولا عدة في جانبه ولا قيام للنكاح بوجه من الوجوه فلا امكان وسيجيء ما يقويه بعد أسطر

وهى السبب ولهذا الايرثها اذا ماتت ولنا ان الزوجية سبب ارثها فى مرض موته والزوج قصد ابطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله الى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها وقد أمكن لان النكاح فى العدة يبقى فى حق بعض الآثار فجاز أن يبقى فى حق ارثها عنه

براءة الرحم فتنقضى به العدة بعد موته فترث وعندهما لا يحمل على الزنا وان قالته بل على انه من زوج آخر بعد عدة الاول فتبين أن عدتها انقضت قبل موته فلا ترث وستأتى المسئلة فى ثبوت النسب (قوله وهى السبب) أى الزوجية هى السبب فى الارث وقد انقطعت بالبينونة وكذا لا يرثها اذا ماتت فى العدة فلو كانت الزوجية باقية لاقتضت التوارث من الجانبين وعندنا قال عمر وابنه وعثمان وابن مسعود والمغيرة ونقله أبو بكر الرازى عن على وأبى بن كعب وعبد الرحمن بن عوف وعائشة وزيد ابن ثابت ولم يعلم عن صحابى خلافه وهو مذهب النخعى والشعبى وسعيد بن المسيب وابن سيرين وعروة وشريح وربيعة بن عبد الرحمن وطاوس وابن شبرمة والثورى وحماد بن أبى سليمن والحرث العكلى لنا الاجماع والقياس أما الاجماع فلان عثمان رضى الله عنه ورث تماضر بنت الاصبغ بن زياد الكلبية وقيل بنت عمرو بن الشريد السلمية من عبد الرحمن بن عوف لما بانت بطلاقها فى مرضه ومات وهى فى العدة بمحضر من الصحابة فلم ينكر عليه أحد فكان اجماعا وقال ما اتهمته ولكن أردت السنة وهذه الرواية أليق مما روى عن عثمان انه قال حين ورثها فر من كتاب الله وقد ذكر عن عبد الرحمن انه قال ما فررت من كتاب الله وقول ابن الزبير فى خلافته لو كنت انا لم أورثها أراد به لعدم علمى اذ ذاك بان الحكم الشرعى فى حقها ذلك وهو بعد انعقاد الاجماع فيه فلا يقدح فيه لا يقال بل على هذا التقرير لم يكن اجماعا لانه كان سكوتيا وحين قال ابن الزبير ذلك ظهر ان سكوته لم يكن وفاقا لانا نقول نعم لو كان اذ ذاك فقيها لكنه لم يكن فى ذلك الزمان من الفقهاء اذ لم يعرف له قبل ذلك فتوى ولا شهرة بفقه والحكم فى ذلك يتبع ظهور ذلك لخلافه كخلاف ابن عباس فى مسئلة العول وقول المالكية كان قضاء عثمان بعد العدة معارض بقول الجمهور انه كان فيها وأما القياس فعلى ما لو وهب كل ماله أو تبرع لبعض الورثة فى مرض موته بجامع ابطال حق بعد تعلقه بماله فيه وهذا لان حق الورثة يتعلق بماله بالمرض لانه سبب الموت ولذا حجر عن التبرعات بما زاد على الثلث والزوجة من الورثة فقد تم القياس بعد الاجماع وهذا القياس لا يتوقف على ظهور قصد الابطال بل هو دائر مع ثبوت الابطال سواء قصده أو لم يقصده ولم يخطر له وأما القياس المتوقف عليه كما فعل المصنف فهو قياسه على قاتل المورث وصورته هكذا قصد ابطال حقها بعد تعلقه فيثبت نقيض مقصوده كقاتل المورث بجامع كونه فعلا محرما لغرض فاسد فالحكم ثبوت نقيض مقصوده ولذا اختلف خصوص الثابت فى الاصل والفرع فانه فى الاصل منع الميراث وفى الفرع ثبوت الميراث وهذا التعليل فى طريق الآمدى بمناسب غريب اذ لم يشهد له أصل بالاعتبار بل الثابت مجرد ثبوت الحكم معه فى المحل أعنى القاتل وأما عندنا فقد ثبت اعتباره بالاجماع المذكور وكان مقتضى القياس ان ترث ولو مات بعد تزوجها كقول مالك الا ان أصحابنا رأوا أن اشتراط عمل هذه العلة الامكان وهو ببقاء العدة بناء على ان حكم الشرع بالميراث لابد أن يكون لنسب أو سبب وهو الزوجية والعتق فحيث اقتضى الدليل توريث الشرع اياها لزم انه اعتبر بقاء النكاح حال الموت ومعلوم ان بقاءه اما بالحكم بقيامه حقيقة أو بقيام آثاره من منع الخروج والتزوج وغير ذلك وقيام هذه الآثار ليس الا بقيام العدة فيلزم ثبوت توريثها بموته فى عدتها والمصنف لم يعين لقياسه أصلا فى الالحاق بل قال قصد ابطال حقها فيرد عليه قصده دفعا للضرر ومثله لا يفعل الا اذا كان هناك أصول شتى يمكن الالحاق بكل منها وليس يعرف لرد القصد أصل سوى قاتل المورث ويمكن انه اعتبر أصوله كل من ألزم ضررا بطريق غير مباح فانه يرد ذلك عليه الا ان قوله الزوجية

وهو الطلاق (ولهذا لا يرثها إذا ماتت ولنا أن الزوجية سبب إرثها منه فى مرض موته) وهو ظاهر (والزوج قصد إبطال هذا السبب) بالطلاق وهو أيضا ظاهر (فيرد عليه قصده بتأخير عمله) أى عمل الطلاق (إلى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها) فان قيل ان كان سبب تأخير العمل دفع الضرر عنها وجب ان يستوى فى ذلك الموطوءة وغيرها وما قبل انقضاء العدة وما بعده أجاب بقوله (وقد أمكن) يعنى انما يصح توريثها منه اذا أمكن تأخير عمل الطلاق ليكون السبب وهو النكاح قائما وقد أمكن ذلك الى زمان انقضاء العدة لان النكاح فى العدة باق فى حق بعض الآثار من حرمة التزوج وحرمة الخروج والبروز وحرمة نكاح الاخت وحرمة نكاح أربعة سواها فجاز أن يبقى فى حق إرثها منه دفعا للضرر عنها

قال المصنف (ولنا ان الزوجية سبب ارثها) أقول أى سبب تعلق حقها بماله والا فظاهره مصادرة قال المصنف (فيرد عليه قصده بتأخير عمله) أقول أى عمل الطلاق المفهوم من السياق ويجوز ارجاع الضمير الى الابطال مرادا به الطلاق مجازا على سبيل الاستخدام

بخلاف غير الموطوءة وما بعد انقضاء العدة لان التأخير فيه غير ممكن لعدم بقاء النكاح أصلا وقوله (والزوجية فى هذه الحالة) جواب عن قوله ولهذا لا يرثها إذا ماتت ومعناه أن الزوج إذا كان مريضا لا يتعلق له حق فى مال المرأة لكونها صحيحة فلا يرثها إذا ماتت إما لانه لم يتعلق حقه بمالها وإما لانه رضى بحرمانها عن الارث حيث أقدم على الطلاق وإما لانه لم يكن النكاح

بخلاف ما بعد الانقضاء لانه لا امكان والزوجية فى هذه الحالة ليست بسبب لارثه عنها فتبطل فى حقه خصوصا اذا رضى به (وان طلقها ثلاثا بامرها أو قال لها اختارى فاختارت نفسها أو اختلعت منه ثم مات وهى فى العدة لم ترثه) لانها رضيت بابطال حقها

سبب ارثها فى مرض موته غير جيد لانها سبب ارثها عند موته عن مرض أو فجأة والوجه أن يقول الزوجية سبب تعلق حقها بماله فى مرض موته والزوج قصد الخ (قوله بخلاف ما بعد الانقضاء) أى انقضاء العدة لانه لا امكان للتوريث اذا لم يعهد بقاء شئ من آثار النكاح بعدها على انه روى عن عمر وعائشة وابن مسعود وابن عمر وأبى بن كعب ان امرأة الفار ترث ما دامت فى العدة وبه يحمل قول أبى بكر الصديق ترث مالم تتزوج أى مالم تقدر على قدرة التزوج وهو بانقضاء العدة أى مالم تقدر عليه (قوله والزوجية الخ) جواب عن قوله ولهذا لا يرثها أى الزوجية فى هذه الحالة أى حالة مرضه ليست سببا لارثه عنها بل فى حال مرضها ونقول لو كانت هى المريضة فابانت نفسها بأن ارتدت حينئذ يثبت حكم الفرار فى حقها فيرثها الزوج بخلاف ما لو ارتدت صحيحة لانها بانت بنفس الردة قبل ان تصير مشرفة على الهلاك ولا هى بالردة مشرفة عليه لانها لا تقتل (قوله فتبطل فى حقه) برفع اللام فتبطل الزوجية بالطلاق البائن فى حق الرجل حقيقة وحكما فلا يرثها إذا ماتت بخلاف ما إذا أبانها فى مرض موته ثم مات حيث ترثه لان الزوجية وان بطلت بالبائن حقيقة لكنها جعلت باقية فى حقها دفعا للضرر عنها لانه قصد ابطال حقها وضبطه بنصب اللام على انه جواب النفى سهو لانه حينئذ ينعكس الغرض إذ يكون معناه لو كانت الزوجية سببا لارثه منها لبطلت ولكنها ليست بسبب فلا تبطل واذا لم تبطل فيجب ان يرثها ولا يقول به أحد (قوله فان طلقها ثلاثا بأمرها) ليس قيدا بل المقصود ان يطلقها بائنا بأمرها ولهذا عطف قوله أو قال لها اختارى فاختارت نفسها عليه فان هذا القدر انما يثبت طلقة بائنة وكذا إذا اختلعت منه فى مرضه ثم مات وهى فى العدة لم ترثه لانها رضيت بابطال حقها اما فى الاولى فللامر منها بالعلة واما فى الاخريين فلانها باشرا العلة اما فى التخيير فظاهر لانه تمليك منها واما فى الخلع فلان التزام المال علة العلة لانه شراء الطلاق ومباشرة آخر وصفى العلة كمباشرتها بخلاف مباشرة بعض العلة فمن فروع ذلك ما لو قال لامرأتيه فى مرض موته وقد دخل بهما طلقا أنفسكما ثلاثا فطلقت كل واحدة نفسها وصاحبتها على التعاقب طلقتا ثلاثا بتطليق الاولى لا الثانية وورثت الثانية لانها لم تباشر علة الفرقة لا الاولى لانها المباشرة ولو بدأت الاولى بطلاق ضرتها ثم بطلاق نفسها ثم الاخرى كذلك ورثتا لان الواقع على كل واحدة منهما طلاق ضرتها الا طلاق نفسها لخروج الامر من يدها لاشتغالها بطلاق الضرة والتفويض تمليك وهو مقتصر على المجلس ولو طلقت كل نفسها وصاحبتها معا طلقتا ولم ترثا لان كلا طلقت بتطليق نفسها ثم اشتغلت بما لا يفيد من تطليق ضرتها وان طلقتا احداهما بأن طلقت نفسها وطلقتها ضرتها او وجد ذلك معا طلقت ولا ترث لانه وجد فى حقها طلاق نفسها وطلاق الوكيل فيضاف الى المالك لانه أقوى أو كل يصلح علة وقد نزلا معا فيضاف الى كل كأن ليس معه غيره ولو قال فى مرضه طلقا أنفسكما ان شئتما فطلقت احداهما نفسها وصاحبتها لا تطلق واحدة منهما حتى

قائما بوجه من الوجوه (وقوله فتبطل فى حقه) قال فى النهاية بالنصب لانه جواب النفى وقال بعض الشارحين بالرفع لا غير ولكل منهما وجه خلا قوله لا غير فانه لا وجه له وقوله (وان طلقها بأمر) ها ظاهر قيل سؤالها الطلاق لا يربوا على قولها أسقطت ميراثى من فلان وثمة لا يسقط أجيب بأن الميراث لا يحتمل السقوط مقصودا ولكن سببه وهو الزوجية يحتمل الرفض فاذا لم ترض برفضها جعلناها قائمة فى حقها حكما واذا رضيت حكمنا بارتفاضها فيسقط الارث ضمنا له وكم من حكم يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا

(قوله وإما لانه رضى بحرمانه الخ) أقول هذا الوجه أعم من الاول إذ يحتمل ان يكون الطلاق فى مرض موتها أيضا (قوله فتبطل فى حقه قال فى النهاية بالنصب الخ) أقول أنت خبير انه على تقدير النصب يكون المعنى فلا تبطل الزوجية وذلك ليس بصحيح والا كان ينبغى ان يرثها وقد اعترف به نفسه أيضا حيث قال ان النكاح لم يكن قائما بوجه من الوجوه ويجوز ان يقال المعنى على تقدير النصب فيبطل الارث بعد تحقق سببه أى الزوجية فى تلك الحالة ليست سببا له حتى يلزم المحذور الذى هو بطلان الارث بعد تحقق سببه فالضمير راجع الى الارث وفيه تكلف

تطلق

والتأخير لحقها وان قالت طلقني للرجعة فطلقها ثلاثا ورثته لان الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح فلم تكن بسؤالها راضية ببطلان حقها (وان قال لها في مرض موته كنت طلقتك ثلاثا في صحتي وانقضت عدتك فصدقته ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز اقراره ووصيته وان طلقها ثلاثا في مرضه بامرها ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث في قولهم جميعا)

تطلق الاخرى نفسها وصاحبتها لتعلق التفويض بمشيئتهما خلافا لزفر كأنه قال طلقا أنفسكما ان شئتما طلاقكما بخلاف ما تقدم فانه لم يعلق التفويض بشرط المشيئة فتنفرد كل واحدة منهما بذلك فلو طلقت الاخرى بعد ذلك نفسها وصاحبتها طلقتا لوجود كمال العلة وورثت الاولى لا الثانية لان الثانية باشرت آخر وصفي العلة والاولى بعض العلة ولو خرج الكلامان منهما معا بانتا وورثتاه لان كلا باشرت بعض العلة هذا كله بشرط المجلس لانه تمليك ولو قال في مرضه أمركما بأيديكما فهو تمليك منهما فلا تنفرد احداهما بالطلاق كمسئلة المشيئة سواء الا أنهما اذا اجتمعتا على طلاق واحدة منهما يقع وفي قوله ان شئتما لا يقع لانه جعل الرأي اليهما في شيئين فاذا اجتمع رأيهما في شيء صح كما لو وكل رجلين ببيع عبدين فباعا أحدهما وهنالك فوض اليهما بشرط مشيئتهما الطلاقين فكان عدما قبل الشرط ولو قال طلقا أنفسكما بألف فقالت كل طلقت نفسي وصاحبتي بألف معا أو متعاقبا بانتا بالف ويقسم على مهريهما لان الالف مقابل بالبضعين لا يعتبر بقيمته عند الخروج فيقوم بما تزوجهما عليه ولم يرثا لان الفرقة لا تقع الا بالتزام المال والتزام كل علة لانه شراء الطلاق فكان فعل كل واحدة علة وفعل الاخرى شرطا والحكم يضاف الى العلة فلذا بطل الارث ولو طلقتا احداهما طلقت بحصتها من الالف لانهما مأمورتان بطلاقهما فقد أتت ببعض ما أمرتا به ولم ترث لانه وقع بقبولها وان قامتا بطل الامر لانه طلاق ببدل فشرطه اجتماع رأيهما بخلاف المأمورتين بالطلاق بلا بدل لانه ينفرد كل منهما بايقاع الامر واذا بطل الامر في حق نفسها لانه تمليك بطل في حق الاخرى لفوات الشرط وهو اجتماع رأيهما الكل من الكافي (قوله والتأخير) أي تأخير عمل الطلاق لحقها وهي قد رضيت بابطاله ولذا لو حصلت الفرقة في مرضه بسبب الجب والعنة وخيار البلوغ والعتق لم ترث لرضاها بالمبطل وان كانت مضطرة لان سبب الاضطرار ليس من جهة الزوج فلم يكن جانيا في الفرقة بخلاف ما لو طلقت نفسها ثلاثا فأجاز الزوج في مرضه حيث ترث لان المبطل للارث اجازته ولو وقعت الفرقة بتمكين ابن الزوج لا ترث الا أن يكون أبوه أمره بذلك فقربها مكرهة لانه بذلك ينتقل اليه فيكون الاب كالمباشر ولو وجدت هذه الاشياء منها وهي مريضة ورثها الزوج لكونها فارة وفي الجامع لو فارقته في مرضها بخيار العتق أو البلوغ ورثها لانهما من قبلها ولذا لم تكن طلاقا وفي الينابيع جعل هذا قول أبي حنيفة ومحمد وفي الفرقة بسبب الجب والعنة واللعان لا يرثها لانها طلاق فكانت مضافة اليه وأورد ينبغي أن لا يرثها أصلا لانا جعلنا قيام العدة كقيام النكاح في حقها ولا عدة هنا عند موتها فلم يبق النكاح كبعد العدة أجيب لما صارت محجورة عن ابطال حقه أبقينا النكاح في حق الارث دفعا للضرر عنه أو ردا لقصدها ابطال حقه كمستعجل الارث ولا يخفى ان هذا الاعتبار الذي هو مبنى هذا الجواب يستلزم توريث امرأة الفار اذا مات بعد العدة كما هو قول مالك وفي القنية أكره على طلاقها الثلاث لا ترث لعدم قصد الفرار ولو أكرهت على سؤالها الطلاق ترث (قوله ولو قال لها كنت طلقتك الى قوله فلا تهمة في حق هذه الاحكام) هاتان مسئلتان ما اذا تصادقا في مرض موته على طلاقها وانقضاء عدتها قبل المرض وما اذا أنشأ طلاقها ثلاثا في مرض موته بسؤالها ثم أقر لها بمال أو أوصى لها بوصية فعند أبي حنيفة لها الاقل من الميراث ومن كل من الوصية

وكذلك إذا اختارت نفسها لانه دليل الرضا بالفرقة وبالخلع فقد التزمت المال لتحصل لها الفرقة وهو أدل على الرضا بها قوله (وان قال لها في مرضه) في هذه المسئلة والتي بعدها يجب الاقل عند أبي حنيفة ويجب ما أقر وأوصى بالغا ما بلغ فيهما عند زفر وقولهما في الاولى كقول زفر وفي الثانية كقول أبي حنيفة

قال زفر (والميراث لما بطل بسؤالها أو تصديقها زال المانع من صحة الاقرار والوصية) واذا زال المانع يعمل المقتضى عمله (وجه قولهما فى المسئلة الاولى انهما لما تصادقا (١٥٤) على الطلاق وانقضاء العدة صارت أجنبية فانعدمت التهمة) واستوضح ذلك بقوله ألا ترى وقوله (وهى سبب التهمة) أى العدة سبب تهمة ايثار الزوج الزوجة على سائر الورثة بزيادة نصيبها كما فى حقيقة الزوجية (والحكم) وهو عدم صحة الاقرار والوصية (يدار على دليل التهمة ولهذا يدار) الحكم المذكور (على النكاح والقرابة) حيث لا يجوز وصيته ولا اقراره لمنكوحته وذوى قرابته وتحقيق هذا ان الانسان قد يختار الطلاق لينفتح عليه باب الوصية والاقرار وكذا قد يتواضع مع بعض قرابته بدين ايثارا له على غيره ولكنه أمر مبطن وله سبب ظاهر وهو النكاح والقرابة فأقامه الشرع مقامه ولم يجوز الاقرار والوصية لمنكوحته وقريبه فكذا فى المعتدة لان العدة من أسباب التهمة (ولا عدة فى المسئلة الاولى) لتصادقهما على انقضائها وفى عبارته تسامح لانه ذكر ان العدة سبب التهمة ثم جعله دليل التهمة واقامة الشئ مقام غيره اقامة السبب الداعى مقام المدعو واقامة الدليل مقام المدلول فهما قسمان (ولابى حنيفة فى المسئلتين ان التهمة قائمة لان المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة فى الزيادة فرددناها ولا تهمة فى قدر الميراث فصححناه وقوله ولا مواضعة عادة) جواب عن قولهما ألا ترى انه يقبل شهادته لها وهو واضح اما

الا على قول زفر رحمه الله فان لها جميع ما أوصى وما أقر به لان الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع من صحة الاقرار والوصية وجه قولهما فى المسئلة الاولى انهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت أجنبية عنه حتى جاز له أن يتزوج أختها فانعدمت التهمة ألا ترى انه تقبل شهادته لها ويجوز وضع الزكاة فيها بخلاف المسئلة الثانية لان العدة باقية وهى سبب التهمة والحكم يدار على دليل التهمة ولهذا يدار على النكاح والقرابة ولا عدة فى المسئلة الاولى ولابى حنيفة رحمه الله فى المسئلتين ان التهمة قائمة لان المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة فى الزيادة فرددناها ولا تهمة فى قدر الميراث فصححناه ولا مواضعة عادة فى حق الزكاة والتزوج والشهادة فلا تهمة فى حق هذه الاحكام قال رضى الله عنه

والمقر به فى الفصلين وقال زفر لها تمام الموصى به والمقر به فى الفصلين وقالا فى الاول كقول زفر وفى الثانى كقول أبى حنيفة لزفر ان المانع من صحة الوصية والاقرار الارث وقد بطل بتصادقهما على انقضاء العدة قبل الموت فى الاولى وسؤالها فى الثانية فيجب اعتبار موجبهما قلنا ذلك لو لم تكن تهمة لكنها ثابتة غير انهما قالا انما هى ثابتة فى الثانية لا الاولى وذلك لان ثبوت التهمة به باطن فأدير على مظنتها وذلك قيام العدة وهو فى الثانية لا الاولى فوجب تفصيلنا بين الفصلين والدليل على ان مدار التهمة قيام العدة فى نظر الشرع أن ما ينتفى بالتهمة من جواز الشهادة ثابت فى الاولى حتى جازت شهادة أحدهما للآخر فعلم انتفاء التهمة شرعا وانها صارت أجنبية وعن هذا جاز وضع الزكاة فيها وان تتزوج بآخر من وقت التصادق ولابى حنيفة ان قصر سبب التهمة على العدة ممنوع بل هى ثابتة أيضا نظرا الى تقدم النكاح المفيد للالفة والشفقة وارادة ايصال الخير ولما لم يظهرا ما تصادقا عليه الا فى مرضه كانا متهمين بالمواضعة لينفتح باب الاقرار والوصية وهذه التهمة انما تتحقق فى حق الورثة لا فى حق هذه الاحكام اذ لم تجر العادة بالتواضع للتزوج باختها أو هى بغيره أو لدفع الزكاة أو للشهادة فلذا صدقا فيها الا فى حق الورثة وهذه التهمة انما هى فى الزائد فينتفى ثم ما تأخذه انما يلزم فى حقهم بطريق الميراث لا الدين وفائدته انه لو توى شئ من التركة قبل القسمة فالتوى على الكل ولو كان ما تأخذه بطريق الدين لكان على الورثة ما دام شئ من التركة ولو طلبت أن تأخذ دنانير والتركة عروض ليس لها ذلك ولو كان دينا لكان لها ذلك ولو أرادت أن تأخذ من عين التركة ليس على الورثة ذلك بل لهم أن يعطوها من مال آخر وتعامل فيه بزعمها ان ما تأخذه دين ولو أقر بفساد نكاحها أو خلعها أجنبى فى مرضه ترث وفى جوامع الفقه وكذا لو قال كنت جامعت أمك أو تزوجتك بغير شهود وقوله ولهذا يدار على النكاح فلا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر والقرابة أى قرابة الولاد فلا تقبل من الولد وان سفل لابيه وجده ولا الاب والجد لابنه وابن ابنه وفى الغاية ينبغى أن ينظر ان كان جرى بينهما خصومة وتركت خدمته فى مرضه فذلك يدل على عدم المواضعة والاحسان اليها فحينئذ لا تهمة فى الاقرار لها والوصية وان كان ذلك فى حال المطايبة ومبالغتها فى خدمته ينبغى أن لا يصح اقراره ووصيته للتهمة وقاسه على ما فى الذخيرة فيما اذا قالت له امرأة غيرى أو تزوجت على فقال كل امرأة لى طالق فانه قال فيل الاولى يحكم الحال ان كان قد جرى بينهما مشاجرة وخصومة تدل على غضبه يقع الطلاق عليها أيضا وان لم يكن كذلك لا يقع قال السروجى فمقتضى ما ذكر من تحكيم الحال هناك أن تحكم هنا اه وقد يفرق بان حقيقة الخصومة ظاهرة فى قولها تزوجت على ونحوه اذا اقترن بالمشاجرة

(ومن كان محصورا أوفى صف القتال فطلق امرأته ثلاثا لم ترثه وان كان قد بارز رجلا أوقدم ليقتل فى قصاص أو رجم ورثت ان مات فى ذلك الوجه أوقتل) واصله مابينا ان امرأة الفار ترث استحسانا وانما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله وانما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما اذا كان صاحب الفراش وهو أن يكون بحال لا يقوم بحوائجه كما يعتاده الاصحاء وقد يثبت حكم الفرار بما هو فى معنى المرض فى توجه الهلاك الغالب ومايكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار فالمحصور والذى فى صف القتال الغالب منه السلامة لان الحصن لدفع بأس العدو وكذا المنعة فلا يثبت به حكم الفرار والذى بارز أوقدم ليقتل الغالب منه الهلاك فيتحقق به الفرار ولهذا أخوات تخرج على هذا الحرف وقوله اذا مات فى ذلك الوجه أوقتل دليل على أنه لا فرق بين ما اذا مات بذلك السبب أو بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض اذا قتل (واذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح اذا جاء رأس الشهر أواذا دخلت الدار أواذا صلى فلان الظهر أواذا دخل فلان الدار

أما هنا فلا اذ الايصاء بما هو أكثر من الميراث ظاهر فى ان تلك الخصومة والبغضاء ليست على حقيقتها والالم يوص لها ظاهرا والحاصل ان الظاهر بذلك الايصاء التواضع على اظهار الخصومة والتشاجر وكثيرا مايفعل أهل الحيل ذلك للاغراض (قوله ومن كان محصورا الخ) الحاصل ان مبنى الفرار على الطلاق حال توجه الهلاك الغالب عنده وغلبة الهلاك تكون حال عدم المرض كما تكون به وتوجهه بغيره يكون بالمبارزة والتقدمة للرجم والقتل قصاصا أوفى سفينة فتلاطمت الامواج وخيف الغرق أوانكسرت وبقى على لوح أوافترسه سبع فبقى فى فمه بخلاف ما اذا كان محصورا فى حصن أوفى صف القتال أومحبوسا للقتل أونازلا فى مسبعة أوفى مخيف من العدو أوراكب سفينة دون ماقلنا والمرأة فى جميع ذلك كالرجل فلو باشرت سبب الفرقة فيما ذكرناه من أحوال الفرار كخيار البلوغ والعتق وتمكين ابن الزوج والارتداد فانه يرثها على ما بيناه آنفا والحامل لا تكون فارة الا فى حال الطلق وقال مالك اذا تم لها ستة أشهر ثبت حكم فرارها لتوقع الولادة فى كل ساعة قلنا المناط ما يخاف منه الهلاك ولا يخاف منه الا فى الطلق وتوجهه بالمرض قيل ان لا يقدر أن يقوم الا أن يقام وقيل اذا خطا ثلاث خطوات من غير أن يهادى فصحيح والا فمريض وضعف بان المريض جدا لا يعجز أن يتكلف لهذا القدر وقيل أن لا يقدر أن يمشى الا أن يهادى وقيل أن لا يقوم بحوائجه فى البيت كما تعتاده الاصحاء وان كان يتكلف والذى يقضيها فيه وهو يشتكى لا يكون فارا لان الانسان قلما يخلو عنه فأما من يذهب ويجىء ويحم فلا وهو الصحيح فأما اذا أمكنه القيام بها فى البيت لا فى خارجه فالصحيح انه صحيح هذا فى حق الرجل أما المرأة فاذا لم يمكنها الصعود الى السطح فهى مريضة والمسلول والمفلوج والمقعد مادام يزداد مابه فهو غالب الهلاك والا فكالصحيح وبه كان يفتى برهان الائمة والصدر الشهيد وقيل ان كان لا يرجى برؤه بالتداوى فكالمريض والا فكالصحيح وقيل ما كان يزداد أبدا لا ان كان يزداد تارة ويقل أخرى ولو قرب للقتل فطلق ثم خلى سبيله أوحبس ثم قتل أومات فهو كالمريض ترثه لانه ظهر فراره بذلك الطلاق ثم ترتب موته فلا يبالى بكونه بغيره واعلم ان قوله ومايكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار يقتضى الحاق حالة الطلق للحامل والمبارزة بحال الصحة الا أن يبرز لمن علم انه ليس من أقرانه فالاولى أن يعلق ماهو فى حكم مرض الموت بما يخاف منه الموت غالبا كما ذكره فى المرض على ان غالبا متعلق بالخوف وان لم يكن الواقع غلبة الهلاك فتأمل وأما فى حال

وقوله (ومن كان محصورا أوفى صف القتال) هذا البيان ان حكم الفرار غير منحصر فى المرض بل كل شئ يقرب به الى الهلاك غالبا فهو فى معنى مرض الموت لان مرض الموت هو الذى يخاف منه الهلاك غالبا فكانا فى المعنى سواء وفسر المرض الذى يخاف منه الهلاك غالبا أن يكون صاحب فراش وفسره بمن يكون بحال لا يقوم بحوائجه كالاصحاء وكلامه واضح وقوله (ولهذا أخوات تخرج على هذا) منها راكب السفينة بمنزلة الصحيح فان تلاطمت الامواج وخيف الغرق صار كالمريض فى هذه الحالة ومنها المرأة الحامل فانها كالصحيحة فاذا أخذها الطلق فهى كالمريضة ومنها المقعد والمفلوج مادام يزداد مابه فهو كالمريض فان صار بحيث لا يزداد كان بمنزلة الصحيح فى الطلاق وغيره لانه مادام يزداد فى علته فالغالب ان آخره الموت واذا صار بحال لا يزداد فلا يخاف منه لم يكن كذلك وقوله (وقوله اذا مات فى ذلك الوجه) بيانه اذا طلقها فى مرض موته ثم قتل أو مات من غير ذلك المرض الا أنه لم يصح فلها الميراث وكان عيسى بن ابان يرى ان لا ميراث لها لان مرض الموت مايكون سببا للموت ولما مات بسبب آخر علمنا ان مرضه لم يكن مرض الموت وان حقها لم يكن متعلقا بماله يومئذ فهو كما لو طلقها فى صحته ولكنا نقول قد اتصل الموت بمرضه حين لم يصح حتى مات وقد يكون للموت سببان فلا يتبين بهذا ان مرضه لم يكن مرض الموت وان حقها لم يكن ثابتا فى ماله وقد بينا ان ارثها عنه بحكم الفرار وهو متحقق ههنا (واذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح) كلامه فيه واضح سوى ألفاظ نذكرها

فأنت طالق فكانت هذه الاشياء والزوج مريض لم ترث وان كان القول فى المرض ورثت الا فى قوله اذا دخلت الدار) وهذا على وجوه اما أن يعلق الطلاق بمجيء الوقت أو بفعل الاجنبى أو بفعل نفسه او بفعل المرأة وكل وجه على وجهين إما ان كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض او كلاهما فى المرض أما الوجهان الاولان وهو ما اذا كان التعليق بمجيء الوقت بان قال اذا جاء رأس الشهر فانت طالق أو بفعل الاجنبى بان قال اذا دخل فلان الدار أو صلى فلان الظهر فان كان التعليق والشرط فى المرض فلها الميراث لان القصد الى الفرار قد تحقق منه بمباشرة التعليق فى حال تعلق حقها بماله وان كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض لم ترث وقال زفر رحمه الله ترث لان المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فكان ايقاعا فى المرض ولنا ان التعليق السابق يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا ولا ظلم الا عن قصد فلا يرد تصرفه وأما الوجه الثالث وهو ما اذا علقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض أو كانا فى المرض والفعل مما له منه بدّ أو لا بد له منه يصير فارا لوجود قصد الابطال اما بالتعليق أو بمباشرة الشرط فى المرض وان لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق ألف بد فيرد تصرفه دفعا للضرر عنها وأما الوجه الرابع وهو ما اذا علقه بفعلها فان كان التعليق والشرط فى المرض والفعل مما لها منه بد ككلام زيد ونحوه لم ترث

فشو الطاعون فهل يكون لكل من الاصحاء حكم المرض فقاله الشافعية ولم أره لمشايخنا (قوله فأنت طالق) أى طالق بائن لان الفرار يثبت به لا بالرجعى والله الموفق (قوله اما أن يعلق الطلاق الخ) ضبطه اما أن يعلقه بفعل أحد أو لا الثانى التعليق بنحو مجيء الغد والاول اما بفعل نفسه أو غيره وهو اما المرأة أو أجنبى والكل على وجهين اما ان يكون التعليق ووقوع الشرط فى المرض أو الشرط فقط ففى التعليق بفعل الاجنبى ومجيء الوقت ان كانا فى المرض ورثت لظهور قصد الفرار بالتعليق فى حال تعلق حقها بماله وان كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض لم ترث وقال زفر ترث لان المعلق بالشرط كالمنجز عنده فكان ايقاعا فى المرض ولنا ان التعليق السابق يصير تطليقا بنفسه عند الشرط حكما لا قصدا يعنى يسلم قول زفر انه يصير كالمنجز لكن حكما لا قصدا ولذا لو كان مجنونا عند الشرط وقع ولو حلف بعد التعليق لا يطلق ثم وجد الشرط لم يحنث فلو كان تطليقا عند الشرط حقيقة وحكما لم يقع فى الاول وحنث فى الثانى ولانه لم يكن فارا بالتعليق فى الصحة و بعده لم يوجد منه صنع فى وجود الشرط ولا قدرة له على منع فعل الاجنبى ومجيء الوقت فلا يكون ظالما واما فى التعليق بفعل نفسه فترث على كل حال وان كان فعل الشرط ليس له منه بد لوجود قصد الابطال اما بالتعليق ان كان فى المرض أو بمباشرة الشرط ان كان التعليق فى الصحة وكون الشرط لا بد منه غاية ما يوجب اضطراره والاضطرار فى جانب الفاعل لا ينفى الضمان كمن اضطر الى أكل مال الغير أو أتلفه نائما أو مخطئا يضمن وان لم يوصف فعله بالظلم وحقها صار معصوما بمرضه فاضطراره الى ابطاله يرد عليه تصرفه الا ان هذا حكم الفرار مع عدم الفرار وما كان موجب الميراث الا الفرار ولا فرار مع عدم القصد وقوله (وان لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق ألف بد) ربما يعطى ان المنظور اليه فى اثبات حكم الفرار إذا كان الشرط لا بد منه التعليق ويستلزم ان لا يثبت الفرار الا ان يكون التعليق فى المرض لكن ثبوت الفرار مع كون الشرط لا بد منه فى حالتى كون التعليق فى المرض أو الصحة وعلى الثانى لا يستقيم النظر الى التعليق فى اثبات الفرار لانه ليس فى حال تعلق حقها ويمكن ان يقال انه اضطرار جاء منه حيث علق بما لا بد منه مع علمه بورود أسباب الموت ولانه لا اضطراره الى الشرط بفعله فكان حال التعليق راضيا بالشرط بل انما علق ليفعل الشرط ويقع الجزاء وفيه ما فيه واما التعليق بفعلها فان كان التعليق والشرط فى المرض والفعل مما لها منه بد ككلام

(قوله فأنت طالق) يعنى طلاقا بائنا لان حكم الفرار انما يعطى اذا كان الطلاق بائنا على ما ذكرنا وقوله (وكانت هذه الاشياء) يعنى وجدت تامة لا تحتاج الى خبر وقوله (يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا) نظهر بمسئلتين إحداهما أنه لو علق طلاق امرأته بالشرط ثم وجد وهو مجنون فانه يقع مع أن طلاق المجنون غير واقع فدل على أنه ليس بتطليق قصدا والثانية ان الرجل اذا علق طلاق امرأته بشرط ثم حلف أن لا يطلق امرأته ثم وجد الشرط لا يحنث فلو كان تطليقا قصدا لحنث وقوله (والفعل مما له منه بدأ ولا بد له منه يصير فارا) قيل عليه ينبغى أن لا يصير فارا فى التعليق بالفعل الذى لا بد له منه اذا كان التعليق فى الصحة لان الفعل اذا كان مما لا بد له منه يصير مضطرا فى مباشرة ذلك الفعل فلا يصير الفعل ظلما فلا ترث وأجيب بان الاضطرار فى جانب الفعل لا يرد وجوب الضمان عليه كمن اضطر الى أكل مال الغير أو الى قتل الجمل الصائل فانه يضمن وان لم يوصف فعله بالظلم لما أن عصمة المحل تكفى لايجاب الضمان

وقوله (لانها راضية بذلك) يعني صار كأنه طلقها بسؤالها لأن الرضا بالشرط رضا بالمشروط فان قيل لا نسلم ذلك فان أحد شريكي العبد اذا قال لصاحبه ان ضربته فهو حر فضربه عتق وللضارب ولاية تضمين الحالف مع أن الضارب ضربه باختياره فلم يجعل ذلك منه رضا أجيب بأن حكم الفرار يثبت على خلاف القياس استحسانا باجماع الصحابة بشبهة العدوان فانه روى عن عمر وعثمن وعلي وتابعهم فيه غيرهم فيبطل حكمه أيضا لشبهة الرضا ولا كذلك حكم الضمان وقد وجد ههنا شبهة رضا المرأة فيكفي ذلك لنفي حكم الفرار وقوله (أو في العقبى) راجع الى صلاة الظهر قيل انما خصها بالذكر وان كان جميع المكتوبات فيه سواء لانها أول صلاة فرضت

لانها راضية بذلك وان كان الفعل مما لابد لها منه كاكل الطعام وصلاة الظهر وكلام الابوين ترث لانها مضطرة في المباشرة لما لها في الامتناع من خوف الهلاك في الدنيا أو في العقبى ولا رضا مع الاضطرار وأما اذا كان التعليق في الصحة والشرط في المرض فان كان الفعل مما لها منه بد فلا إشكال أنه لا ميراث لها وان كان مما لابد لها منه فكذلك الجواب عند محمد رحمه الله وهو قول زفر لانه لم يوجد من الزوج صنع بعد ما تعلق حقها بماله وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ترث لان الزوج ألجأها الى المباشرة فينتقل الفعل اليه كأنها آلة له كما في الاكراه قال (واذا طلقها ثلاثا وهو مريض ثم صح ثم مات لم ترث) وقال زفر رحمة الله تعالى عليه ترث لانه قصد الفرار حين أوقع في المرض وقد مات وهي في العدة ولكنا نقول المرض اذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة لانه ينعدم به مرض الموت فتبين انه لا حق لها يتعلق بماله فلا يصير الزوج فارا ولو طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم أسلمت ثم مات الزوج من مرضه وهي في العدة لم ترث وان لم ترتد بل طاوعت ابن زوجها في الجماع ورثت ووجه الفرق انها بالردة أبطلت أهلية الارث اذ المرتد لا يرث أحدا ولا بقاء له بدون الاهلية وبالمطاوعة ما أبطلت الاهلية

زيد لم ترث وقوله (لانها راضية بذلك) أي بالطلاق إذ الرضا بالشرط رضا بالمشروط أورد عليه مالو قال أحد الشريكين في العبد لشريكه ان ضربته فهو حر فضربه يعتق وللضارب تضمين الحالف فقد رضي بالشرط ولم يجعل ذلك رضا بالمشروط إذ لم يكن مضطرا إلى فعل الشرط لكنه مضطر في مسئلة الاعتاق فانها موضوعة فيما إذا كان أحد الشريكين قال ان لم أضرب هذا العبد اليوم فهو حر فقال له شريكه ان ضربته فهو حر فضربه فللضارب تضمين الحالف لانه مضطر الى فعل الشرط وفعل الشرط مضطرا لا يدل على الرضا وأجاب في الكافي بأن حكم الفرار ثبت على خلاف القياس بشبهة العدوان فيبطل بما له شبهة الرضا ولا كذلك الضمان وقد وجد هنا شبهة رضا المرأة فكفي لنفي حكم الفرار (وان كان الفعل مما لابد لها منه كأكل الطعام والصلاة الواجبة وكلام الابوين) ومنه قضاء الدين واستيفاؤه والقيام والقعود والتنفس فلها الميراث لانها مضطرة في المباشرة (قوله كما في الاكراه) بأن أكره إنسانا على اتلاف مال صار المكره متلفا حتى يضمن وينتقل الفعل إليه فكذا هنا وكفعل القاضي فانه ينتقل الى الشاهدين حتى يضمنان إذا رجعا لانه يصير ملجأ حتى لو لم يقض يفسق وفي مبسوط فخر الاسلام الصحيح ما قاله محمد (قوله فلا يصير الزوج فارا) يعني الفرار المستلزم للحكم الشرعي الخاص انما يتحقق شرعا بالابانة في حال تعلق حقها ولا يتعلق الا في مرض موته وقد ظهر خلافه أو نقول هو بطلاقه فار لكن الفرار انما يؤثر في الحكم المذكور بشرط ثبوت تعلق حقها فانتفى شرط عمل العلة (قوله ولو طلقها) أي بائنا ثلاثا أو غيره في مرضه وهذا لانه فرع على هذا الطلاق نفسه مسئلة المطاوعة وقال انها ترث ولا يتفرع ارثها عليه الا اذا كان بائنا لانها اذا طاوعته بعد الرجعي لا ترث كما لو طاوعته حال قيام النكاح (قوله لم ترث) بخلاف النفقة فانها بالردة تسقط ثم بالاسلام تعود لانها معتدته

على النبي صلى الله عليه وسلم وكان الفهم في النظر الى الاول أسبق وقوله (فكذلك الجواب عند محمد) أي لا ترث المرأة لانه حين علق الزوج الطلاق لم يكن في ماله لها حق فلا يتهم بالقصد الى الفرار ولم يوجد بعد ذلك منه صنع غاية ما في الباب ان ينعدم رضاها اذ فعلها باعتبار انه لا يحد منه بد فيكون هذا كالتعليق بفعل أجنبي أو بمجيء الشهر وقد بينا ان هناك لا ترث اذا كان التعليق في الصحة فكذلك ههنا لما ان الزوج لم يباشر العلة ولا الشرط في مرضه فلا يكون فارا فان قيل في هذا مناقضة من جانب زفر لانه قال فيما تقدم ان المعلق بالشرط كالمنجز فكان ايقاعا في المرض فالجواب ان معنى قوله لم يوجد من الزوج صنع بعد تعلق حقها بماله صنع معتبر لان الشرط لما كان فعلها جعل صنع الزوج كلا صنع بخلاف ما تقدم فان الشرط لم يكن فعلها فلم يخرج فعله عن حيز الاعتبار وقوله (لان الزوج ألجأها الى المباشرة) أي الى جعل فعلها الذي لابد لها منه علة لاسقاط حقها

(قوله وقوله او في العقبى راجع الى صلاة الظهر) أقول وأيضا راجع الى كلام الابوين (ولو طلقها فارتدت) أي لو طلقها ثلاثا أو بائنا فانه ان لم يظهر أثر الثلاث والبينونة في الارتداد يظهر فيما ذكره بمقابلته من مسئلة المطاوعة فانها انما ترث في المطاوعة بعد البينونة وأما اذا طاوعت ابن زوجها حال قيام النكاح أو بعد الطلاق الرجعي فلا ترث لوقوع الفرقة بالمطاوعة

لان المحرمية لا تنافى الارث وهو الباقى بخلاف ما اذا طاوعت فى حال قيام النكاح لانها تثبت الفرقة فتكون راضية ببطلان السبب وبعد الطلقات الثلاث لا تثبت الحرمة بالمطاوعة لتقدمها عليها فافترقا (ومن قذف امرأته وهو صحيح ولاعن فى المرض ورثت وقال محمد رحمه الله لا ترث وان كان القذف فى المرض ورثته فى قولهم جميعا) وهذا ملحق بالتعليق بفعل لابد لها منه اذ هى ملجأة الى الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها وقد بينا الوجه فيه (وان آلى وهو صحيح ثم بانت بالايلاء وهو مريض لم ترث وان كان الايلاء أيضا فى المرض ورثت) لان الايلاء فى معنى تعليق الطلاق بمضى أربعة أشهر خالية عن الوقاع فيكون ملحقا بالتعليق بمجئ الوقت وقد ذكرنا وجهه قال (والطلاق الذى يملك فيه الرجعة ترث به فى جميع الوجوه) لما بينا انه لا يزيل النكاح حتى يحل الوطء فكان السبب قائما قال (وكل ما ذكرنا انها ترث انما ترث اذا مات وهى فى العدة) وقد بيناه والله تعالى أعلم بالصواب

(قوله لان المحرمية لا تنافى الارث وهو الباقى) بعد ذلك الطلاق ولم يوجد ما يزيله لان المحرمية لا تنافى الارث بل تثبت معه كما فى الام والبنت فانما تنافى النكاح خاصة فيبقى الارث لعدم المزيل فرجع ضميره وهو الباقى الارث (قوله فى حال قيام النكاح) أى حالة المرض (قوله فتكون راضية ببطلان السبب) وهو النكاح وذلك رضا ببطلان السبب (قوله لتقدمها عليها) أى لتقدم الحرمة على المطاوعة لحصولها بالطلاق السابق عليها (قوله وقد بينا الوجه فيه) وهو قوله لانها مضطرة فى المباشرة أى مباشرة الشرط ولا رضا مع الاضطرار كذا قيل والاوجه كونه قوله بعد ذلك لان الزوج الجأها الى المباشرة فينتقل الفعل اليه الخ لان الاول ذكره فى صورة ما اذا كان التعليق والشرط فى المرض وما ذكرناه ذكره فى صورة ما اذا كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض وهو الموازن لما نحن فيه فان القذف كان فى الصحة واللعان فى المرض وقوله (اذ هى ملجأة الى الخصومة) ظاهر فى ان الملحق بفعلها الشرط الذى لابد لها منه هو خصومتها أى مطالبتها بموجب القذف لانه به يندفع العار ولو جعل لعانها اصح أيضا اذ هى ملجأة اليه من قبله اذ لعانه يلجئها الى لعانها لا يقال هو أيضا ملجأ الى لعانه من قبلها لان الالجاء فى الكل يعود اليه لانه ألجأها الى الخصومة وأثرها لعانه فكان لعانه منسوبا الى اختياره فهى وان باشرت آخر جزأى مدار الفرقة وهو ما تمسك به محمد يعنى لان لعانها آخر اللعانين لكن الزوج اضطرها اليه وقيل فى وجه قول محمد الفرقة قذف الرجل ولم يكن قذفه فى زمان تعلق حقها بماله ولا يخفى انه سبب بعيد ثم قيل على الاول ان سبب الفرقة قضاء القاضى لا اللعان وأجيب بأنه الملجئ للقاضى الى الحكم والحكم لا يستند الا الى الشهادة واللعان هو الشهادة الملجئة (قوله فيكون ملحقا بالتعليق بمجئ الوقت) كأنه قال فى صحته اذا مضت أربعة أشهر ولم أقربك فأنت طالق بائن فمضت فى مرضه ثم مات فيه لا ترث كما لو علق فى صحته بأمر سماوى ووجد الشرط فى المرض لا يكون فارا وأورد عليه ان الايلاء فى الصحة ليس مثل التعليق بمجئ الوقت بل نظيره ما لو وكل فى صحته بالطلاق وطلقها الوكيل فى المرض كان فارا لانه متمكن من عزله فاذا لم يعزله كان فارا كذا هنا هو متمكن من ابطال الايلاء فى المرض بالفئ فاذا لم يفعل ينبغى أن يكون فارا أجيب بالفرق بأنه لا يتمكن من ابطال الايلاء الا بضرر يلزمه فان الفئ باللسان لا يجوز اذا كان الايلاء فى حال الصحة بل اذا كان فى حال العجز واستمر بخلاف عزل الوكيل (قوله فى جميع الوجوه) أى سواء كان الطلاق بسؤالها أولا أو كان التعليق بفعلها أو بفعله والفعل مما لها منه بد أو لم يكن لا يستثنى من عمومه الا قيام العدة فانه مشروط فيهما جميعا ❁ فروع ❁ قال صحيح

وقوله (لان المحرمية لا تنافى الارث) يعنى بل تنافى النكاح كما فى الام والاخت وقوله (وهو) يعنى الارث هو (الباقى) وقوله (فتكون راضية ببطلان السبب) أى سبب الارث (١٥٨) وهو النكاح (قوله وقال محمد لا ترث) قيل لان الطلاق انما يقع بلعانها لانه آخر اللعانين وكان آخر المدارين فان قيل الفرقة انما تقع بقضاء القاضى عندنا فكان القضاء آخر المدارين أجيب بأن اللعان شهادة عندنا على ما يأتى والحكم أبدا يثبت بالشهادة لا بالقضاء ووجه قولهما أن الفرقة وان كانت تقع بلعانها الا انها مضطرة فى ذلك لاستدفاع العار عن نفسها وكان ملحقا بفعل لابد لها منه (وقد بينا الوجه فيه) أى فى الفعل الذى لابد لها منه وهو قوله لانها مضطرة فى المباشرة وقوله (وان آلى وهو صحيح) ظاهر (قوله وقد ذكرنا وجهه) يريد قوله ولنا ان التعليق السابق يصير تطليقا الخ فان قيل لا نسلم ان الايلاء نظير تعليق الطلاق بمجئ الوقت ان كان التعليق فى الصحة لما انه متمكن من ابطال الايلاء بالفئ فاذا لم يبطل فى حالة المرض صار كأنه أنشأ الايلاء فى المرض وهنالك ترث فكذلك ههنا وكان نظير من وكل وكيلا بالطلاق فى صحته فطلقها الوكيل فى المرض كان فارا لتمكنه من العزل فاذا لم يعزل جعل كأنه انشأه فكذلك ههنا أجيب بان الفرق بينهما ثابت وهو انه لا يمكنه ابطال الايلاء الا بضرر يلزمه فلم يكن متمكنا مطلقا بخلاف مسئلة الوكالة وقوله (فى جميع الوجوه) يعنى سواء كان الطلاق بسؤالها أو بغير سؤالها وسواء كان التعليق بفعلها أو بفعله وسواء كان الفعل مما لها منه بد أو لم يكن والباقى واضح والله أعلم لموطوءته

(قوله الا بضرر يلزمه) أقول وهو وجوب الكفارة عليه

لموطوءتيه احدا كما طالق ثلاثا ثم بين فى مرضه فى احداهما صار فارا بالبيان وترث لانه بين الطلاق فيها بعد تعلق حقها بماله فيرد عليه قصده كما لو أنشأ فجعل انشا فى حق الارث للتهمة ولو ماتت احداهما قبله ثم مات تعينت الاخرى ولم ترث لانه بيان حكمى فانتفت التهمة عنه كما لو علق فى صحته بمجىء رأس الشهر فجاء وهو مريض لا ترث بخلاف ماقبلها لانها تعينت للطلاق بفعله فترث كما لو علق فى صحته بفعل نفسه ثم باشر الشرط فى المرض فان كان له امرأة أخرى غير الثنتين فلها نصف الارث اذ لا مزاحمها الا امرأة واحدة لان احداهما مطلقة بيقين والنصف الآخر بينهما لاستوائهما فى الاستحقاق ولو ماتت التى بين طلاقها قبل موته لم ترث منه وصح البيان فيها لانتفاء التهمة عن بيانه بخروجها عن أهلية الارث بالموت وكان الارث للاخرى لان التعيين دون الانشاء ولو أنشأ فى مرضه ثم ماتت المطلقة كان جميع الارث للاخرى كذا هنا ولو كانت له امرأة أخرى كان بينهما نصفين وان ماتت الاخرى وبقيت التى بين الطلاق فيها ثم مات الزوج لها نصف الارث لان البيان انما بطل صيانة لحقها الثابت ظاهرا وحقها الثابت ظاهرا وقت البيان النصف فلم ترد عليه وهذا لانها منكوحة من وجه دون وجه فلا تستحق الا النصف حتى لو كان معها امرأة أخرى كان لها الربع وثلاثة الارباع للمرأة الاخرى لانا انما ابطلنا البيان صيانة لحقها الثابت وقت البيان ووقت البيان حقها فى الربع فكان للمعينة الربع ولان الاخرى منكوحة من كل وجه فتستحق كل الارث وهى منكوحة من وجه فتستحق نصفه فسلم النصف للاخرى بلا منازعة واستوت منازعتهما فى النصف الآخر فيتنصف بينهما فان لم يمت الزوج ولم يبين حتى ولدت احداهما لاقل من سنتين فهو ليس ببيان وبقى الزوج على خياره لان العلوق يحتمل كونه بوطء قبل الطلاق وذا لا يصلح بيانا فلا يكون بيانا بالشك اذ لا يقع الطلاق بالشك ويثبت النسب لاحتمال العلوق قبل الطلاق فان نفى الزوج هذا الولد أمر بالبيان فان قال عنيت عند الايقاع التى لم تلد يلاعن بينه وبين التى ولدت ويقطع نسب الولد منه ويلحق بالام لانه قذف منكوحته وان قال عنيت التى ولدت يحد لانه لما كان مراده وقت الايقاع التى ولدت وقع الطلاق من ذلك الوقت من كل وجه فتبين انه قذف أجنبية فيجب الحد ويثبت النسب لعدم اللعان فان قال لم أعن عند الايقاع أحدا ولكن أريد بالمبهم التى ولدت لا يحد لانه قذف منكوحته لان الطلاق يقع وقت التعيين ولا يلاعن أيضا لان شرطه قيام النكاح وقد زال بالبيان والنسب ثابت لما مر وان ولدت لاكثر من سنتين من وقت الايقاع تعينت الاخرى للطلاق لتيقننا بالوطء بعد الطلاق وحكم الشرع بثبوت النسب منه حكم بكون الوطء منه ضرورة والوطء بعد الطلاق المبهم بيان اجماعا وتعينت التى ولدت للنكاح فان نفى الولد لاعن ولا ينقطع النسب عنه لان حكم الشرع بالعلوق منه مانع من قطع النسب عنه فان ولدت احداهما لاقل من سنتين من وقت الايقاع والاخرى ولدت لاكثر من سنتين تعينت صاحبة الاقل للطلاق لان وطأها لا يصلح بيانا ووطء صاحبة الاكثر يصلح بيانا وهذا لان المولود لاكثر من سنتين حصل بعلوق بعد الطلاق المبهم بيقين لان الولد لا يبقى فى البطن أكثر من سنتين أما علوق الاخرى فمشكوك فيه فلا يكون بيانا وعدة صاحبة الاقل تنقضى بوضع الحمل ان كان بين ولادتها وبين ولادة صاحبة الاكثر بعدها أكثر من ستة أشهر لتيقننا ان علوق صاحبة الاكثر ووطأها كان قبل ولادة صاحبة الاقل وقبل الولادة هى حامل وعدة الحامل تنقضى بوضع الحمل وان كان بينهما ستة أشهر فصاعدا فعدة صاحبة الاقل بالحيض لاحتمال ان وطء صاحبة الاكثر كان بعد ولادة صاحبة الاقل واذا احتمل ذلك وجبت العدة بالحيض احتياطا وان أقر الزوج بوطء صاحبة الاقل أولا طلقت صاحبة الاكثر باقراره ولا يصدق فى صرف الطلاق عن صاحبة الاقل فطلقتا كمن قال زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم فقال لى امرأة أخرى بهذا الاسم وعنيتها طلقتا وان ولدت كل واحدة لاكثر من سنتين من وقت

﴿ باب الرجعة ﴾

(واذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية أو تطليقتين فله أن يراجعها فى عدتها رضيت بذلك أو لم ترض) لقوله تعالى فامسكوهن بمعروف من غير فصل

الايقاع و بين الولادتين يوم أو أكثر فولادة الاولى تكون بيانا للطلاق فى الاخرى فاذا ولدت الاخرى بعده لا يتحول الطلاق الواقع عليها الى غيرها وصار كما اذا وطئ احداهما ثم الاخرى يقع الطلاق على الموطوءة آخرا كذا هنا وثبت نسب الولدين أما ولد الاولى فظاهر وكذا ولد الثانية لاحتمال وطئها قبل علوق الاولى وتنقضى عدة المطلقة بوضع الحمل ولو قال لامرأته اذا ولدت ولدا فأنت طالق ثلاثا فولدت ولدا ثم ولدا آخر لستة أشهر فصاعدا ثبت نسب الولد الثانى منه أيضا وتنقضى به العدة لانا حكمنا بعلوق الولد الثانى حال وقوع الطلاق وحال وقوع الطلاق الزوجية قائمة وهذا لانه يحتمل انه وطئها قبل ولادة الولد الاول ولم يصل الماء الى رحمها لانسداد فيه فاذا وضعت الحمل انفتح فم الرحم ووصل الماء اليه فعلق الولد الثانى قبل وقوع الثلاث لان تلك الحال حال زوال الثلاث والشئ فى زواله غير نازل فيثبت النسب احتياطا فيتعلق انقضاء العدة بوضع الحمل ولا يجب العقر لانا جعلناه معلقا حال قيام النكاح والله أعلم من الكافى

﴿ باب الرجعة ﴾

وجه المناسبة فى إعقاب الطلاق بالرجعة ظاهر والرجعة تتعدى ولا تتعدى يقال رجع الى أهله ورجعته الى أهله أى رددته وقال الله تعالى فان رجعك الله الى طائفة منهم ويقال فى مصدره أيضا رجعا ورجوعا ومرجعا والرجعى والرجعة بكسر الراء وربما قالوا الى الله رجعانك (قوله رجعية) الرجعى تطليق المدخول بها مادون الثلاث بلا مال أو مادون الثنتين ان كانت أمة بصريح الطلاق غير الموصوف والمشبه أو ببعض الكنايات المخصوصة على ما تقدم فى الكنايات وأما تقييده بالالفاظ الثلاثة فلما قدمناه من كنايات رجعية غيرها فاذا فقد شيأ من هذه فليس برجعى كالثلاث وغالب الكنايات ولو بلا مال وكالواحدة على مال وقبل الدخول لانه لاعدة لها فلا تتصور الرجعة والموصوف والمشبه مستدرك على ما فى النهاية وغيرها (قوله لقوله تعالى فأمسكوهن بمعروف) بعد قوله اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ثم قوله فاذا بلغن أجلهن) والمراد ببلوغ الاجل قرب انقضاء العدة أى فقرب انقضاء عدتهن للاجماع على ان لا رجعة بعد الانقضاء ففى الآية دليل على قيام النكاح لان الامساك استدامة القائم لا اعادة الزائل وعلى شرعية الرجعة شاءت أو أبت لان الامر مطلق فى التقديرين وقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن ظاهر فى عدم توقف الرجعة على رضاها لانه تعالى جعله أحق مطلقا أى هو الذى له حق الرجعة وان أبت هى وأبوها وحكمته استدراك الزوج ما وقع منه من التفريط فى حقه من النكاح لا لعيره لانه له ولغيره وهو أحق منه وفى اشتراط العدة اذ لا يكون بعدها بعلا وهو مما يدل على قيام النكاح أيضا وقدمنا فى باب ايقاع الطلاق ان الطلاق الرد لا يوجب كون البعل مجازا باعتبار ما كان لان الرد يصدق حقيقة بعد انعقاد سبب زوال الملك وان لم يكن زال بعد يقال رد البائع المبيع فى بيع فيه الخيار للبائع كما يقال بعد الزوال يجوز رد المبيع بالعيب ولو تعارضا كان حمل الرد على ذلك على أنه مجاز محافظة على حقيقة البعل أولى من جعل البعل مجازا محافظة على حقيقة الرد لتأيد ارادة حقيقة البعل بجعل الرجعة امساكا فى قوله تعالى فامسكوهن بمعروف أو نقول يمكن المحافظة على الحقيقتين بكون المراد بالرد الرد الى الحالة الاولى وهى كونها بحيث لا تحرم بعد مضى العدة فلا اشكال حينئذ أصلا

﴿ باب الرجعة ﴾

لما كانت الرجعة متأخرة عن الطلاق طبعا أخرها وضعا ليناسب الوضع الطبع والرجعة بالفتح والكسر والفتح أفصح وهى عبارة عن استدامة ملك النكاح ولها شرائط احداها تقديم صريح لفظ الطلاق أو بعض ألفاظ الكناية كما تقدم والثانية أن لا يكون عقابلته مال والثالثة أن لا يستوفى الثلاثة من الطلاق والرابعة أن تكون المرأة مدخولا بها والخامسة أن تكون العدة قائمة ولا خلاف فى مشروعيتها لاحد لثبوتها بالكتاب والسنة والاجماع

﴿ باب الرجعة ﴾

(قوله ولها شرائط الى آخر قوله والخامسة أن تكون العدة قائمة) أقول وجميع ذلك يفهم من كلام المصنف الاشرط المدخولية

(قوله

ولابد من قيام العدة لان الرجعة استدامة الملك ألاترى انه سمى امساكا وهو الابقاء وانما يتحقق الاستدامة فى العدة لانه لاملك بعد انقضائها (والرجعة أن يقول راجعتك أو راجعت امرأتى) وهذا صريح فى الرجعة ولاخلاف فيه بين الائمة قال (أو يطأها أو يقبلها أو يلمسها بشهوة أو ينظر الى فرجها بشهوة) وهذا عندنا

(قوله ولابد من قيام العدة لان الرجعة) امساك على الوجه الذى كان أولا وهو الملك على وجه لا يزول بانقضاء العدة ولاملك بعد العدة ليستدام وكأنه جواب عن مقدر تقديره كما وقع الاطلاق بالنسبة الى رضاها وعدمه كذلك هو بالنسبة الى قيام العدة وعدمها أجاب بان اشتراط قيامها ضرورى لما قلنا (قوله وهذا صريح) ألفاظ الرجعة صريح وكناية فالصريح راجعتك فى حال خطابها او راجعت امرأتى فى حال غيبتها وحضورها أيضا ومن الصريح ارتجعتك ورجعتك ورددتك وأمسكتك وفى المحيط مسكتك بمنزلة أمسكتك وهما لغتان فهذه يصير مراجعا بها بلا نية وفى بعض المواضع يشترط فى رددتك ذكر الصلة فيقول الى أوالى نكاحى أوالى عصمتى ولا يشترط فى الارتجاع والمراجعة وهو حسن اذ مطلقه يستعمل لضد القبول والكنايات أنت عندى كما كنت وأنت امرأتى فلا يصير مراجعا الا بالنية لان حقيقته تصدق على ارادته باعتبار الميراث واختلفوا فى الامساك والنكاح والتزوج فلو تزوجها فى العدة لا يكون رجعة عند أبى حنيفة وعند محمد هو رجعة وعن أبى يوسف روايتان قال أبو جعفر وبقول محمد نأخذ وفى الينابيع عليه الفتوى وكذا فى القنية وجه قول أبى حنيفة ان تزوج الزوجة ملغى فلا يعتبر مافى ضمنه قلنا نحن لانعتبره باعتبار مافى ضمنه بل باعتبار لفظ التزوج مجازا فى معنى الامساك وفى الذخيرة لو قال راجعتك بمهر ألف درهم ان قبلت صح والا فلا لانها زيادة فى المهر فيشترط قبولها وفى المرغينانى والحاوى قال راجعتك على ألف قال أبو بكر لا تجب الالف ولا تصير زيادة فى المهر كما فى الاقالة (قوله ولا خلاف فيه بين الائمة) كأنه لم يعتبر أحد قولى مالك خلافا فانه ذكر فى الجواهر فى حصول الرجعة براجعتك بلا نية قولان لمالك كما فى نكاح الهازل (قوله أو يقبلها أو يلمسها بشهوة) يحتمل كون الشهوة قيدا فى اللمس لا فيهما لانه أفرد النظر الى الفرج بقيد الشهوة فلو كان من غرضه التشريك فى القيد لاقتصر على ذكره بعد الكل وفى المبسوط والذخيرة التقبيل بشهوة والنظر الى داخل فرجها بشهوة رجعة ولم يقيد التقبيل فى الكتاب وأما النظر الى دبرها فليس برجعة على قياس قول أبى حنيفة وفى البدائع وهو قول محمد المرجوع اليه وفى بعض المواضع يكره التقبيل واللمس بغير شهوة فدل انهما لا يكونان رجعة وفى الخلاصة أجمعوا على انه لو مكنها أو قبلها بشهوة أو لمسها بشهوة تثبت الرجعة فقيد القبلة بالشهوة لكن قولهم فى الاستدلال ان الفعل يصلح دليلا على الاستدامة والدلالة انما تقوم بفعل يختص بالنكاح أى يختص حكمه به يفيد عدم اشتراطها فى القبلة لان القبلة مطلقا يختص حكمها به بخلاف اللمس والنظر فانهما لا يختصان به الا اذا كانا عن شهوة لما يذكر فلا يكونان عن غير شهوة دليلا ولا يكون النظر بشهوة الى غير داخل الفرج منها رجعة هذا ولا فرق بين كون القبلة واللمس والنظر منها أو منه فى كونه رجعة اذا كان ما صدر منها بعلمه ولم يمنعها اتفاقا فان كان اختلاسا منها بان كان نائما مثلا لا بتمكينه أو فعلته وهو مكره او معتوه ذكر شيخ الاسلام وشمس الائمة ان على قول أبى حنيفة ومحمد تثبت الرجعة خلافا لابى يوسف انتهى وعن محمد كقول أبى يوسف وذكر ان أبا يوسف مع أبى حنيفة وجه الاول الاعتبار بالمصاهرة لا فرق فى ثبوت حرمتها بين كون ذلك منها أو منه وكذا اذا أدخلت فرجه فى فرجها وهو نائم أو مجنون كانت رجعة اتفاقا كالجارية المبيعة بشرط الخيار للبائع اذا فعلت بالبائع ذلك فى مدة الخيار ينفسخ البيع وأبو يوسف فرق بأن اسقاط الخيار قد يكون بفعلها كما اذا جنت على نفسها والرجعة لا تكون بفعلها قط وعن

(و) ألفاظ (الرجعة أن يقول راجعتك) ان كان فى حضرتها (أو راجعت امرأتى) فى الغيبة بشرط الاعلام أو فى الحضرة أيضا أو يقول رددتك أو أمسكتك أو يقول أنت عندى كما كنت أو أنت امرأتى ان نوى الرجعة ولا خلاف لاحد فى جواز الرجعة بالقول وأما بالفعل مثل أن (يطأها أو يقبلها أو يلمسها بشهوة أو ينظر الى فرجها بشهوة) فهى صحيحة (عندنا

(قوله بشرط الاعلام) أقول فيه ان الاعلام مستحب ليس بشرط كما سيجىء

وقال الشافعي لاتصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح) لثبوت الحل بها او ابتداء النكاح لا يصح بالوطء ودواعيه فكان الوطء حراما كما في ابتداء النكاح وقلنا هي عبارة عن استدامة النكاح كما بيناه وهو اشارة الى قوله ألا ترى انه سمى امساكا وهو الابقاء وقوله (وسنقرره) اشارة الى ماذكر في آخر هذا الباب وهو قوله وقلنا انها قائمة حتى يملك مراجعتها الخ وقوله (والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة) جزء الدليل وقوله (كما في اسقاط الخيار) دليله وتقريره الرجعة استدامة الملك والفعل قد يقع دليلا على الاستدامة كما في اسقاط الخيار فان من باع جاريته على انه بالخيار ثلاثة أيام ثم وطئها اسقط الخيار كما اذا اسقط بالقول بل هنا أولى لانه في البيع يحتاج الى رفع السبب المزيل

وهو البيع أما ههنا فلا يحتاج الى رفع الطلاق بل يحتاج الى دفع مالولاه لزال والدفع أسهل

وقال الشافعي رحمه الله تعالى عليه لاتصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح حتى يحرم وطؤها وعندنا هو استدامة النكاح على ما بيناه وسنقرره ان شاء الله تعالى والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة كما في اسقاط الخيار والدلالة فعل يختص بالنكاح وهذه الافاعيل تختص به خصوصا في الحرة بخلاف النظر والمس بغير شهوة لانه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب وغيرهما والنظر الى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها في العدة فلو كان رجعة لطلقها فتطول العدة عليها قال (ويستحب أن يشهد على الرجعة شاهدين فان لم يشهد صحت الرجعة)

أبي يوسف أيضا انه قال في الجارية لا اسقط الخيار بفعلها هذا اذا صدقها الزوج في الشهوة فاذا أنكر لا تثبت الرجعة وكذا ان مات فصدقها الورثة ولا تقبل البينة على الشهوة لانها غيب كذا في الخلاصة ولا تكون الخلوة ولا المسافرة بها رجعة الا عند زفر وأبي يوسف في رواية وتكره المسافرة بها ككراهة خروجها من المنزل وعن أبي حنيفة لا تكره ويأتي الكلام في ذلك (قوله مع القدرة) احتراز عن الاخرس ومعتقل اللسان (قوله لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح الخ) الحاصل ان الخلاف هنا مبني على ان الرجعة سبب استدامة الملك القائم أو سبب استحداث الحل الزائل قلنا بالاول وقال بالثاني وعلى هذا ينبني حل الوطء وحرمته فعندنا يحل لقيام ملك النكاح من كل وجه وانما يزول عند انقضاء العدة فيكون الحل قائما قبل انقضائها وعنده انشاء النكاح من وجه واستبقاء من وجه فتثبت الحرمة احتياطا وعلى هذا ينبني ان الاشهاد ليس بشرط عندنا وشرط عنده على قول لانه انشاء النكاح من وجه كذا في التحفة (قوله على ما بيناه) يعني قوله ألا ترى انه يسمى امساكا (قوله وسنقرره) أي في آخر هذا الباب وهو قوله ولنا انها أي الزوجية قائمة الى آخره وهناك نتكلم عليه (قوله كما في اسقاط الخيار) يحصل بالفعل المختص بالملك كمن باع أمته على أنه بالخيار ثم وطئها قبل انقضاء مدته يكون دليلا على استدامة ملكه فيها فيسقط خياره فكما أن سقوط الخيار باستدامة ملك الرقبة يثبت بالفعل كذلك استدامة ملك النكاح بعد سبب الزوال بل أولى لان البيع معه يزيل الملك الى ثلاثة أيام والطلاق يزيله الى ثلاث حيض فكان أضعف في زوال الملك من البيع وبقولنا قال كثير من الفقهاء قال ابن المنذر الجماع رجعة عند ابن المسيب والحسن البصري وابن سيرين وطاوس وعطاء والزهري والاوزاعي والثوري وابن أبي ليلى وجابر والشعبي وسليمان التيمي وقال مالك واسحق ان أراد به الرجعة فهو رجعة (قوله خصوصا في الحرة) فانه لا سبب لحلها فيها مطلقا الا النكاح بخلاف الامة فانه يحل فيها بأمرين (قوله وغيرهما) كالخاتنة والشاهد على الزنا (قوله فلو كان

من الرفع ولما كان الثابت بالدليل ان بعض الفعل قد يقع دلالة على الاستدامة احتاج الى أن يعينه فقال (والدلالة) أي الدليل (فعل يختص بالنكاح وهذه الافاعيل تختص بالنكاح) فتقع دلالة وقوله (خصوصا في الحرة) لبيان ان حل الاستمتاع بها ليس الا بالنكاح وأما في الامة فيحل به وبملك اليمين أيضا (بخلاف النظر والمس بغير شهوة لانه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب) والخاتنة والشاهد في الزنا اذا احتاج الى تحمل الشهادة (والنظر الى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها في العدة فلو كان النظر اليها رجعة لطلقها فتطول العدة عليها) وفيه ضرر بها فلا يجوز لقوله تعالى فاذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا قال (ويستحب أن يشهد على الرجعة) اذا أراد الرجعة يستحب أن يقول لاثنين اشهدا على بأني قد راجعت امرأتي (وان لم يشهد صحت الرجعة) اى

(قوله وقال الشافعي رحمه الله لاتصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح لثبوت الحل بها او ابتداء النكاح لا يصح بالوطء ودواعيه الخ) أقول لا يخفى عليك ما في هذا التقرير (قوله والفعل قد يقع دليلا على الاستدامة) أقول ظاهره استنتاج من الشكل الثاني مع توافق المقدمتين في الكيف لكن لك أن تقرره على هذه الصورة الرجعة استدامة الملك وكل ما هو كذلك فالفعل يقع دليلا عليه (قوله فلا يحتاج الى رفع الطلاق الخ) أقول بل هو باق حكما ولهذا اعلمه لها بعده بالطلقتين اذا لم تتزوج بآخر (قوله بل يحتاج الى دفع ما) أقول وهو انقضاء العدة على تلك الحال (قوله لولاه) أقول أي لولا دفعه (قوله لزال) أقول يعني النكاح (قوله وهذه الافاعيل تختص به الخ) أقول استنتاج من الشكل الثاني مع توافق المقدمتين في الكيف

وقال الشافعي رحمه الله في أحد قوليه لا تصح وهو قول مالك رحمه الله لقوله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم والامر للايجاب ولنا اطلاق النصوص عن قيد الاشهاد ولانه استدامة للنكاح والشهادة ليست شرطا فيه في حالة البقاء كما في الفيء في الايلاء الا أنها تستحب لزيادة الاحتياط كي لا يجرى التناكر فيها وما تلاه محمول عليه ألا ترى انه قرنها بالمفارقة وهو فيها مستحب ويستحب أن يعلمها

وقال الشافعي في أحد قوليه لا تصح وهو قول مالك) وهو غريب لانه لا يوجب الاشهاد على ابتداء النكاح ويجعله شرطا على الرجعة (لهما قوله تعالى فاذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوى عدل منكم والامر للايجاب ولنا اطلاق النصوص في الرجعة عن قيد الاشهاد) وهو قوله تعالى فأمسكوهن بمعروف وقوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف وقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن وقوله تعالى فلا جناح عليهما أن يتراجعا وقوله عليه السلام مر ابنك فليراجعها وقوله (ولانه) أى الرجعة بمعنى الرجوع أو على تأويل المذكور (استدامة للنكاح) كما تقدم والاستدامة انما هى حالة البقاء (والشهادة ليست بشرط في النكاح حال البقاء) بالاتفاق فكانت (كالفيء في الايلاء) في ان الشهادة عليه ليست بشرط لكونه حالة البقاء (الا أنها) أى الشهادة (مستحبة لزيادة الاحتياط كي لا يجرى التناكر فيها) أى في الرجعة (وما تلاه) يعني من قوله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم (محمول عليه) أى على الاستحباب دفعا للتناكر فكان الامر للارشاد الى ما هو الاوفق به كما في قوله تعالى وأشهدوا إذا تبايعتم بدليل انه قرنها بالمفارقة حيث قال أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا (وهو) أى الاشهاد (فيها) أى في المفارقة (مستحب) فكذا في الرجعة واعترض بان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم كما في قوله تعالى وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة وأجيب بأن ذلك فيما اذا حكم على احدى الجملتين المتقارنتين بحكم الجملة الاخرى وما نحن فيه ليس كذلك بل فيه كل جملة من الجملتين مستقلة بحكمها وانما تعقبهما جملة أخرى تعلقت بهما واحداهما تقتضي تعلقها بهما من حيث الاستحباب فكذلك الاخرى لئلا يلزم استعمال اللفظ الواحد في معنيين مختلفين (ويستحب أن يعلمها) بالرجعة لانه لو لم يعلمها لربما تقع المرأة في المعصية فانها قد تتزوج بناء على زعمها ان زوجها لم يراجعها وقد انقضت عدتها ويطأها الزوج الثاني فكانت عاصية وزوجها الذى أوقعها فيه مسيئا بترك الاعلام ولكن مع ذلك لو لم يعلمها صحت الرجعة لانها استدامة للقائم وليست بانشاء فكان الزوج بالرجعة متصرفا في خالص حقه وتصرف الانسان في خالص حقه لا يتوقف على علم الغير فان قيل كيف تكون عاصية بغير علم أجيب بانها اذا تزوجت بغير سؤال

أى النظر إلى غير الفرج رجعة لطلقها الا ان مقصوده الطلاق وهذا التعميم يفيد ان النظر الى دبرها لا يكون رجعة وبه صرح في نكاح الزيادات واختلفوا في الوطء في الدبر أشار القدورى الى أنه ليس برجعة والفتوى على انه رجعة إذ هو مس بشهوة وزيادة لا ترفع الرجعة بعد ثبوتها ورجعة المجنون بالفعل ولا تصح بالقول وقيل بالعكس وقيل بهما ولو طلقها بعد الخلوة ثم قال وطئتها وأنكرت له الرجعة ولو قال لم أدخل بها لا رجعة له عليها وتعليق الرجعة بالشرط وإضافتها إلى وقت في المستقبل باطل كالنكاح والمستحب انه يراجع بالقول وفي الينابيع الرجعة سنية وبدعية فالسنية بالقول (قوله وهو قول مالك) المذكور في كتبهم انها تصح بلا اشهاد وانه مندوب إليه وكذا في شرح الطحاوى كقولنا فكان ما ذكره المصنف رواية عنه وكذا المنسوب إلى الشافعي قول له غير معمول به عند أصحابه فانه قال في البسيط وفي الجديد للشافعي الاشهاد مستحب وفي الروضة لهم ليس بشرط على الاظهر (قوله ولنا اطلاق النصوص في الرجعة من غير شرط الاشهاد) كقوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان وقوله فامسكوهن بمعروف وقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن وقوله فلا جناح عليهما ان يتراجعا وقوله صلى الله عليه وسلم مر ابنك فليراجعها وهذه النصوص ساكتة عن قيد الاشهاد فاشتراطه اثبات بلا دليل وما تلى فليس بدليل عليه إذ الامر فيه للندب بدليل أنه قرن الرجعة بالمفارقة في قوله تعالى فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف ثم أمر بالاشهاد على كل منهما فقد أمر بشيئين في جملتين ثم أمر بالاشهاد على كل منهما بلفظ واحد وهو قوله وأشهدوا ذوى عدل منكم واللفظ الواحد لا يراد به معناه الحقيقي كالوجوب فيما نحن فيه والمجازى كالندب فاذا ثبت إرادة أحدهما بالنسبة إلى أحدهما لزم ان يراد به ذلك أيضا بالنسبة إلى الآخر والا لزم تعميم اللفظ في الحقيقي والمجازى وهو ممنوع عندنا وقد ثبت إرادة الندب به بالنسبة إلى المفارقة فلزم إرادته أيضا بالنسبة إلى المراجعة فيكون الندب المراد به شاملا لهما وهذا على قولنا أما الشافعي فيجيز الجمع بينهما فلا ينتهض هذا عليه إلا بانتهاض الاصل المذكور وقد بيناه على وجه بديع فيما كتبناه في الاصول ومع هذا التقرير لا حاجة إلى إيراد ان

(قوله فكانت عاصية وزوجها أوقعها فيه مسيئا الخ) أقول من قبيل حذف الموصول

وقعت في المعصية لان التقصير جاء من جهتها (واذا انقضت العدة فقال قد كنت راجعتها في العدة فان صدقته فهي رجعة وان كذبته فالقول قولها لانه أخبر عما لا يملك انشاءه في الحال) وكل من فعل كذلك فهو متهم وذلك يقتضي أن لا تصح الرجعة وان صدقته أيضا (الا أن بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند أبي حنيفة وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وقد مر في كتاب النكاح واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي) فاما ان قالت ذلك متصلا بكلام الزوج أو بعد مكث فان كان الثاني تصح الرجعة بالاتفاق وان كان الاول لم تصح عند أبي حنيفة خلافا لهما قالا الرجعة صادفت العدة لبقائها ظاهرا الى أن تخبر وقد سبقت الرجعة فكانت واقعة في العدة وهي صحيحة لا محالة (ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي وقع الطلاق ولابي حنيفة انها صادفت حالة الانقضاء لانها أمينة في الاخبار عن الانقضاء) اذ لا يعلم ذلك الا باخبارها وقد أخبرت بذلك والاخبار يقتضي سبق المخبر عنه ولا دليل على مقدار معين (وأقرب أحواله حال قول الزوج) فاذا صادفت حالة الانقضاء لا تكون معتبرة ولا نسلم ان مسئلة الطلاق على الوفاق بل على الخلاف ولئن كانت على الاتفاق فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به

كي لا تقع في المعصية (واذا انقضت العدة فقال كنت راجعتها في العدة فصدقته فهي رجعة وان كذبته فالقول قولها) لانه أخبر عما لا يملك انشاءه في الحال فكان متهما الا ان بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند أبي حنيفة رحمه الله وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وقد مر في كتاب النكاح (واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند أبي حنيفة رحمه الله) وقالا تصح الرجعة لانها صادفت العدة اذ هي باقية ظاهرا الى أن تخبر وقد سبقته الرجعة ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق ولابي حنيفة رحمه الله انها صادفت حالة الانقضاء لانها أمينة في الاخبار عن الانقضاء فاذا أخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء وأقرب أحواله حال قول الزوج ومسئلة الطلاق على الخلاف ولو كانت على الاتفاق فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به

القران في النظم لا يوجب القران في الحكم فكيف قلتم به هنا والاشتغال بجوابه للمتأمل اصلا (قوله كي لا تقع في المعصية) قيل عليه لا معصية بدون علمها بالرجعة ودفع بأنها اذا تزوجت بغير سؤال تقع في المعصية لتقصيرها في الامر واستشكل من حيث إن هذا ايجاب للسؤال عليها واثبات المعصية بالعمل بما ظهر عندها وليس السؤال الا لدفع ما هو متوهم الوجود بعد تحقق عدمه فهو وزان اعلامه إياها إذ هو أيضا لمثل ذلك فاذا كان مستحبا لانه تصرف في خالص حقه فكذا سؤالها يكون مستحبا لانها في النكاح كذلك ولو راجعها ولم تعلم فتزوجت بآخر فهي امرأة الاول دخل بها (٣) الاول أولا (قوله واذا انقضت العدة الخ) هنا مسئلتان الاولى اذا لم يظهر رجعتها في العدة حتى انقضت فقال بعد العلم بانقضائها كنت راجعتك فيها والثانية قال قبل العلم راجعتك على سبيل الانشاء أما الاولى فاما ان تكون المرأة أمة أو حرة وكل منهما اما ان تصدقه أو تكذبه ففي الحرة ان صدقته تثبت الرجعة لان النكاح يثبت بتصادقهما فالرجعة أولى وان كذبته لا تثبت لانه أخبر والخبر مجرد دعوى تملك بضعها بعد ظهور انقطاع ملكه ومجرد دعوى ملك في وقت لا يملك انشاءه فيه لا يجوز قبولها مع انكار المدعى عليه الا ببينة بخلاف ما إذا كان ذلك في وقت يمكنه فيه انشاؤه كان يقول في العدة كنت راجعتك أمس تثبت وان كذبته لانه ليس متهما فيه لتمكنه من ان ينشئه في الحال أو يجعل ذلك انشاء ان كانت الصيغة تحتمله فصار كالوكيل إذا أخبر قبل العزل ببيع العين يصدق لملكه الانشاء و بعد ما بلغه العزل لو أخبر ببيعه سابقا وكذبه المالك لا يقبل قوله إلا ببينة لانه متهم حيث لم يخبر قبل ذلك ثم لا تحلف المرأة إذا كذبته بل تذهب الى حالها بلا يمين عند أبي حنيفة وهي احدى الاشياء الستة التي لا يمين فيها عنده وفي الامة اذا كذبته وصدقه المولى فالقول لها عند أبي حنيفة خلافا لهما وان صدقته وكذبه المولى فعندهما القول للمولى واختلف في قول أبي حنيفة والصحيح انه كقولهما وستأتي أوجه الاقوال في الكتاب فانه فصل بين قوله للحرة و بين قوله للامة بالمسئلة الثانية وهي اذا قال قبل الانقضاء فلنوافقه فنقول وأما المسئلة الثانية فان قالت مجيبة انقضت عدتي مفصولا تثبت الرجعة اتفاقا لانها متهمة في ذلك بسبب سكوتها وعدم جوابها على الفور ولو قيل وجب احالته على أقرب حال

قال المصنف (واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند أبي حنيفة رحمه الله) أقول قال الزيلعي وابن الهمام تستحلف المرأة هنا بالاجماع على أن عدتها كانت منقضية حال اخبارها اهـ فيه بحث لان الرجعة صحت عندهما فعلام تستحلف المرأة وجوابه ان المراد انهما لو قالا كما قال أبو حنيفة رحمه الله من عدم صحة الرجعة ونظير ذلك في المزارعة فراجعها (قوله والاخبار يقتضي سبق المخبر عنه الخ) أقول الظاهر سبق المخبر به والا فالمخبر عنه هو العدة وليس سبقه من المقصود في شئ ويجوز أن يقال قولها انقضت عدتي في تأويل حصل الانقضاء أو يقال المراد سبق المخبر عنه متصفا بالمخبر به

التكملة

(٣) صوابه الثاني اذ لا رجعة مع عدم دخوله قاله العلامة البحراوي كتبه مصححه

(واذا قال زوج الامة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الامة فالقول قولها عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا القول قول المولى) لان بضعها مملوك له فقد أقر بما هو خالص حقه للزوج فشابه الاقرار عليها بالنكاح وهو يقول حكم الرجعة يبتنى على العدة والقول فى العدة قولها فكذا فيما يبتنى عليها ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى وكذا عنده فى الصحيح لانها منقضية العدة فى الحال وقد ظهر ملك المتعة للمولى فلا يقبل قولها فى ابطاله بخلاف الوجه الاول لان المولى بالتصديق فى الرجعة مقر بقيام العدة عندها ولا يظهر ملكه مع العدة

التكلم وذلك حال سكوتها فيضاف اليه وهو بعد ثبوت الرجعة أمكن وان قالته موصولا بكلامه لا تثبت عند أبى حنيفة ولا يخفى ان هذا مقيد بما اذا كانت المدة تحتمل الانقضاء فلو لم تحتمله تثبت الرجعة الا اذا ادعت انها ولدت وثبت ذلك وعندهما تصح الرجعة لانه أنشأها حال قيام العدة ظاهرا لبقائها ظاهرا ما لم تقر بانقضائها فتثبت كما يثبت الطلاق لو قال طلقتك فقالت مجيبة انقضت عدتى لحقها طلقة أخرى وأبو حنيفة يمنع قيامها حال كلامه لانها أمينة فى الاخبار شرعا فوجب قبول اخبارها وأقرب زمان يحال عليه خبرها زمان تكلمه فتكون الرجعة مقارنة لانقضاء العدة فلا تصح كما لا يقع الطلاق فى قوله طالق مع انقضاء عدتك وعلى هذا لو اتفق ان خرج كلام الرجل مع قولها انقضت عدتى ينبغى أن لا تثبت الرجعة ومسئلة الطلاق المقيس لهما عليها ممنوعة فلا يقع عنده قيل والاصح انه يقع لانه مؤاخذ به لاقراره بالوقوع فى حق نفسه ولا يخفى ان هذا انشاء وليس باخبار ليكون اقرارا فاذا ظهر انه أنشأ فى وقت لا يصح ينبغى أن لا يقع نعم لو عرف ان مقتضى الفقه كون ايقاعه وجد فى حال الانقضاء فلغ وقال لا أعتبر هذا بل وقع لزمه حينئذ لانه مقر على نفسه والاوجه فيما اذا ادعى محبته ان طلقتك ونحوه من أنت طالق ظاهر فى الاخبار والانشاء يحتمله لتقدم الطلاق الاول وراجعتك بالعكس فان لم يسلم هذا فالتعويل على المنع وتستحلف المرأة هنا بالاجماع على ان عدتها كانت منقضية حال اخبارها والفرق لابى حنيفة بين هذه وبين الرجعة حيث لم تستحلف عنده انه لم يراجعها فى العدة ان الزام اليمين لفائدة النكول وهو بذل عنده وبذل الامتناع عن التزوج والاحتباس فى منزل الزوج جائز بخلاف الرجعة وغيرها من الاشياء الستة فان بذلها لا يجوز ثم اذا نكلت هنا تثبت الرجعة بناء على ثبوت العدة لنكولها ضرورة كثبوت النسب بشهادة القابلة بناء على شهادتها بالولادة (قوله واذا قال زوج الامة بعد انقضاء العدة قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الامة فالقول لها عنده وقالا للمولى لانه أقر بما هو خالص حقه) وهو منافع بضعها للزوج فيقبل كما لو أقر عليها بالنكاح ولا يخفى قيام الفرق بين اقراره عليها بالنكاح واقراره بأن الزوج راجعها فى العدة لانه ينفرد بانكاحها حال غيبتها وعدم اذنها فيقبل اقراره عليها بخلاف اقراره بتصديق الزوج فى دعوى المراجعة وهو يقول ان حكم الرجعة من الصحة وعدمها ينبنى على العدة من قيامها وانقضائها وهى أمينة فيها مصدقة فى الاخبار بالانقضاء والبقاء لا قول للمولى فيها أصلا فكذا فيما ينبنى عليها وفيه نظر اذ لا ملازمة يحكم بها العقل بين كون القول قولها فى العدة وبين كونه لها فيما ينبنى عليها الا اذا وقع لازما الوجود قولها فى العدة قولا أى بأن تدعى فيها الثبوت أو الانقضاء فتثبت الرجعة وعدمها لازما لذلك لان كون القول قولها فيها ما ثبت الا لاجل ان القول لها فى المستلزم لا لمعنى تقتضيه فيها وهذا لا يقتضى سماع قولها فى الرجعة ابتداء كما هو هنا فانها لم تدع فى العدة دعوى يخالفها فيها الزوج بل اتفقا على انقضائها ووقت انقضائها وانما ادعى فى حال كونه لا ملك له عليها انه راجعها قبل الانقضاء وهى منكرة ان يكون فعل ذلك فلا يقبل عليها (قوله ولو كان على القلب) بأن كذبه المولى وصدقته

(واذا قال زوج الامة بعد انقضاء العدة قد كنت راجعتها) وهى فى العدة فاما أن يصدقه المولى والامة أو يكذباه أو يصدقه المولى وتكذبه الامة أو بالعكس فان كان الاول صحت الرجعة بالاتفاق وان كان الثانى لم تصح بالاتفاق الا اذا برهن وان كان الثالث وليس له بينة (فالقول قولها عند أبى حنيفة وقالا القول قول المولى لان البضع مملوك له بعد انقضاء العدة معناه منافع البضع فكان الاقرار بها للزوج اقرارا بما هو خالص حقه فلا مرد له وكان كالاقرار عليها بالنكاح بان يقر بانه زوج أمته من فلان (وهو) أى أبو حنيفة (يقول حكم الرجعة يبتنى على بقاء العدة) وانقضائها وكل ما يبتنى على ذلك يبتنى على قول من يكون القول قوله فى ذلك لكونه أمينا (والقول فى العدة قولها) فحكم الرجعة يبتنى على قولها ولم يذكر الجواب عن الاقرار بالتزويج لظهوره وذلك لانه لما صدقه فى الرجعة لم يبق له حق فى منافع بضعها فانى يكون له اقرار بما هو خالص حقه بخلاف الاقرار بالتزويج فانه اقرار بذلك وكان الفرق بينا وان كان الرابع وعبر عنه المصنف بقوله (ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى) لان منافع البضع خالص حقه والزوج يدعيها عليه وهى منكرة (وكذا عنده فى الصحيح لانها منقضية العدة فى الحال) بالاتفاق وبالانقضاء يظهر ملك المتعة للمولى وهى تبطله فلا يقبل قولها فيه بخلاف الوجه الاول لان المولى بالتصديق فى الرجعة مقر بقيام العدة عندها أى عند الرجعة ولا يظهر ملكه مع العدة فى هذا الكلام اشارة الى الجواب عن مسئلة التزويج كما أشرنا اليه

(وان قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض عدتك فالقول قولها) لانها أمينة في ذلك اذ هي العالمة به (واذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة أيام انقطعت الرجعة وان لم تغتسل وان انقطع لاقل من عشرة أيام لم تنقطع الرجعة حتى تغتسل أو يمضي عليها وقت صلاة كامل) لان الحيض لا مزيد له على العشرة فبمجرد الانقطاع خرجت من الحيض فانقضت العدة وانقطعت الرجعة وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم فلا بد أن يعتضد الانقطاع بحقيقة الاغتسال أو بلزوم حكم من أحكام الطاهرات بمضي وقت الصلاة بخلاف ما اذا كانت كتابية لانه لا يتوقع في حقها أمارة زائدة فاكتفي بالانقطاع وتنقطع اذا تيممت وصلت عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وهذا استحسان وقال محمد رحمه الله اذا تيممت انقطعت وهذا قياس لان التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به من الاحكام ما يثبت بالاغتسال فكان بمنزلته ولهما انه ملوث غير مطهر وانما اعتبر طهارة ضرورة أن لا تتضاعف الواجبات وهذه الضرورة تتحقق حال أداء الصلاة لا فيما قبلها من الاوقات

فالقول للمولى بالاتفاق وقوله في الصحيح احتراز عما في الينابيع انه على الخلاف أيضا وقال بعض أصحابنا لا يقضى بشئ حتى يتفق المولى والامة ويجب أن يكون معنى هذا لا يحكم بصحة الرجعة الا اذا اتفقا اذ يستحيل أن لا يقضى بالرجعة ولا بعدمها وفي المبسوط لا تثبت الرجعة بالاتفاق ولم يقل في الصحيح ووجه الفرق لابي حنيفة انها منقضية العدة في الحال ويستلزم ظهور ملك المولى المتعة فلا يقبل قولها في ابطاله بخلاف الوجه الاول وهو ما اذا كذبته وصدقه المولى لانه بالتصديق مقر بقيام العدة عند الرجعة ولا يظهر ملكه مع العدة فيقبل قوله عليها (قوله وان قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض فالقول قولها لانها أمينة في ذلك اذ هي العالمة به) دون غيرها أي بالانقضاء ولذا يقبل قولها اني حائض حتى لا يحل قربانها للزوج ولا للسيد ولو قالت ولدت يعني قد انقضت عدتي بالولادة لا يقبل قولها الا ببينة أو قالت أسقطت سقطا مستبين بعض الخلق فللزوج أن يطلب يمينها على انها أسقطت بهذه الصفة بالاتفاق ولا فرق في هذا بين الحرة والامة (قوله أو يمضي عليها وقت صلاة) أي بأن يخرج وقتها الذي طهرت فيه فتصير دينا في ذمتها فان كان الطهر في آخر الوقت فهو ذلك الزمن اليسير وان كان في أوله لم يثبت هذا حتى يخرج لان الصلاة لا تصير دينا الا بذلك وعلى هذا لو طهرت في وقت مهمل كبعد الشروق لا تنقطع الرجعة الى دخول وقت العصر (قوله بخلاف ما اذا كانت كتابية) فانه لا يتوقع في حقها امارة على الخروج من الحيض زائدة على مجرد الانقطاع لان الغسل والصلاة ليسا واجبين عليها فبمجرد الانقطاع وان كان لما دون العشرة حل وطؤها وانقطعت رجعتها (قوله وتنقطع اذا تيممت وصلت) أي فرضا أو نفلا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى (قوله حتى يثبت به من الاحكام) برفع يثبت لان حتى هنا ليست للغاية بل للتعليل والمراد بالاحكام جواز الصلاة والتلاوة ودخول المسجد ومس المصحف وهذه أحكام الغسل فكان التيمم مثله ثم انقطاع الرجعة مما يؤخذ فيه بالاحتياط ولذا لو اغتسلت وبقيت لمعة انقطعت وكذا لو اغتسلت بسؤر الحمار مع وجود الماء المطلق ولم تتيمم تنقطع الرجعة مع عدم جواز الصلاة به فانقطاعها بالتيمم وبه تجوز الصلاة أولى ولا يشكل عليه انه لا يحل لها التزوج بآخر بالاتفاق لان التيمم وان قام مقام الغسل هو أضعف منه والاحتياط في التزوج عدم جوازه معه وفي الرجعة انقطاعها معه حتى لا يأتيها رجل في شبهة (قوله ولهما انه ملوث غير مطهر) أي حقيقة لا شرعا كذا في الدراية ولنفصل هذا المقام ليندفع ما يخال من المناقضة للاوهام مستعينا فيه بالملك العلام مصليا على سيدنا نبينا محمد أفضل الرسل الكرام عليه أفضل الصلاة وأزكى السلام فنقول هذا البحث له ثلاثة موارد في الفقه أولها باب التيمم في البحث مع الشافعي في جواز الفرائض المتعددة

قوله (وان قالت قد انقضت عدتي) ظاهر والضمير فيه راجع الى الانقضاء قال (واذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة) كلامه واضح وقوله (بلزوم حكم من أحكام الطاهرات بمضي وقت الصلاة) يعني ان الوقت اذا مضى صارت الصلاة دينا في ذمتها وهو من أحكام الطاهرات وقوله (واذا تيممت وصلت) أطلق الصلاة لتناول المكتوبة وغيرها وقوله (حتى يثبت به من الاحكام) يريد به دخول المسجد ومس المصحف وقراءة القرآن واباحة الصلاة وسجدة التلاوة

بتيمم واحد عندنا خلافا له وهو مبني على أن التيمم طهارة مطلقة أولا فقال انها ضرورية تثبت ضرورة أداء المكتوبة به فيتقدر بقدرها فلا يبقى بعدها فاتفق أئمتنا في جوابه على أنها مطلقة تعمل عمل الماء ما بقي شرطه وصرح في النهاية في تقريره بان التيمم مزيل للحدث من كل وجه ما بقي شرطه وهو العدم كالماء الا أنه بالماء مقدر الى وجود الحدث وهنا الى شيئين الحدث والماء ثانيها باب الامامة في مسئلة اقتداء المتوضئ بالمتيمم فافترقوا فيها فقال محمد هي ضرورية فلا يجوز اقتداء المتوضئ به وقالا مطلقة فيجوز وثالثها هنا فافترقوا أيضا الا أنهم عكسوا كلمتهم فتراءى لمحمد وجهان من المناقضة أحدهما قوله في الامامة ضرورية بعدما اتفقوا عليه في جواب الشافعي من أنها مطلقة والثاني ان بعدما قال في الامامة انها ضرورية قال هنا مطلقة ولهما وجه من المناقضة وهو قولهما هنالك مطلقة وهنا ضرورية ملوثة وكثير من الشارحين يأخذ في تقرير قولهما انه لا يزيل الحدث بيقين ولهذا عند رؤية الماء انما يصير محدثا بالحدث السابق فقد ناقضوا جميعا والجواب انه لا شك ان في التيمم جهة الاطلاق وجهة الضرورة وفيه أيضا انه ملوث في نفسه مغبر لا يطهر أي لا ينظف فمعنى الاطلاق انه يزيل الحدث مطلقا كالماء الى غاية أحد الامرين من وجود الحدث أو الماء ومعنى الضرورة أن شرعيته ضرورة أداء المكتوبات وعدم تفويتها وتكثير للخيرات عند عدم الماء اكراما لهذا النبي الكريم صلى الله عليه وسلم وأمته ولذا كان من الخصائص وهذا لا يفيد الاخلال بمعنى الاطلاق اذ حاصله انه بيان سبب شرعيته ولما شرع للضرورة والحاجة التي ذكرنا شرع كما شرع استعمال الماء وانما يفيد ضعفه وانحطاطه عن التطهير بالماء وأما كونه ملوثا ومغبرا فهو بسبب عدم شرعيته ابتداء كالماء حتى يكون المكلف مخيرا بين الماء والتراب ابتداء فانه لما كان المقصود من شرعية الوضوء تحسين الاعضاء الظاهرة وتنظيفها للقيام بين يدي الرب جل وعلا والتراب لا يفيد ذلك بل ضده لم يشرع الا للضرورة المتحققة من الحاجة الى الاداء مع عدم الماء تكريما لنبينا محمد صلى الله عليه وسلم فذكر التلويث وعدم تطهيره في نفسه ذكر سبب كونه مشروعا للحاجة المذكورة اذا علمت هذا فقولهم مع الشافعي انها مطلقة أي تزيل الحدث ويستباح به كل ما يستباح بالماء على الوجه الذي يستباح به لينتفي به قصر الصحة به على فرض واحد لا ينافي قولهم انها ضرورية على ما سمعت فمن قال انها مطلقة في موضع وقال في آخر انها ضرورية لم يكن مناقضا أصلا وقول من ذكر في تقريره انه لا يرفع بيقين حاصله انه فرق بينه وبين الماء فان الماء يرفعه بيقين وهذا يرفعه ظنا للخلاف في أن الحدث أمر حقيقي أو مجرد مانعية فعلى الاول لا يرفعه الا الماء وحين قيل به صار محل اجتهاد غير أن الراجح هو الظن والثاني لما قدمنا في باب التيمم من الحديث والمعنى وهو انه لم يقدر أحد على اثبات ان الحدث وصف حقيقي قائم بالاعضاء زائد على نفس المانعية الشرعية وعلى هذا فلا اشكال في ارتفاعه بالتيمم وكون الحدث يظهر بعينه عند رؤية الماء لا يستلزم عدمه اذ قدمنا أن الحدث اعتبار شرعي فله أن يقطع ذلك الاعتبار الى غاية ثم يعيده بعينه عند رؤية الماء والدليل الملجئ الى هذا كون رؤية الماء لا يعقل وجه كونها نفسها حدثا ثم النظر في وجه تعيين كل منهم احدى الجهتين بخصوص ذلك الموضع الذي عينه فيه فاما وجه تخصيص محمد فهو انه رأى وجوب الاحتياط في الموضعين فالاحتياط في اقتداء المتوضئ بالمتيمم أن لا يصح ولا يعال هذا الا بجهة الضرورة فاعتبرها فيقول لما كانت ضرورية حيث كانت تنتقض بوجود الماء ولا تثبت الا مع عدمه كانت ضعيفة بالنسبة الى طهارة الماء فيكون الاقتداء والحالة هذه بناء القوي على الضعيف وفي الرجعة الاحتياط في انقطاعها ولا يعال الا بجهة الاطلاق فاعتبرها هنا وهما لما عكسا الحكم في الموضعين لم يكن من عكس المبنى فيهما بد والباقي بعد هذا انما هو النظر في الترجيح في الخلافين في الحكم وعندي ان قولهما في الاقتداء أحسن من قول محمد

وقوله (والاحكام الثابتة أيضا ضرورية اقتضائية) يعني ان ثبوت هذه الاحكام من ضرورة جواز الصلاة بالتيمم أما قراءة القرآن فلانها ركن الصلاة وأما المسجد فلانه مكان للصلاة وأما سجدة التلاوة فهي من توابع القراءة فانه يجوز أن تقرأ في صلاتها آية السجدة ولقائل أن يقول الحاصل من دليلهما ان التيمم طهارة ضرورية وان الضرورة انما تتحقق حال أداء الصلاة ولا يكون قبله طهارة يتعلق بها انقطاع الرجعة وقد تقرر من الاصول ان الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فكان الواجب أن لا تنقطع الرجعة وان صلت مالم تغتسل أو يمضي عليها وقت صلاة والجواب ان الضروري متى ما ثبت ثبت بجميع لوازمه ومن لوازم ثبوت الطهارة عند أداء الصلاة انقطاع الحيض ومن لوازم انقطاعه مضي المدة ومن لوازم مضيها انقطاع الرجعة ولازم لازم اللازم لازم فيثبت عند ثبوته وأما الجواب عن جعلهما التيمم طهارة ضرورية ههنا وطهارة مطلقة في باب الامامة وجعل محمد بالعكس فقد سبق هنالك مستوفى (واذا اغتسلت ونسيت شيأ من بدنها لم يصبه الماء فان كان عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة وان كان أقل من عضو كاصبع ونحوه انقطعت) قال المصنف (وهذا استحسان) اعلم أن محمدا لم يذكر في كتبه موضع القياس هل هو عضو فما فوقه أو هو مادونه وروى انه عند أبي يوسف في العضو فما فوقه فان القياس أن تنقطع الرجعة لانها غسلت أكثر البدن وللاكثر حكم الكل فكأنما أصاب الماء جميع البدن وفي الاستحسان لا تنقطع لان العدة باقية لعدم الطهارة وعند محمد فيما دونه فالقياس أن تبقى الرجعة لبقاء الحدث والاستحسان أن تنقطع لان مادون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه والمصنف أشار الى ذلك الثابت بقوله والقياس في العضو الكامل أن لا تبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر وهو اشارة الى قياس أبي يوسف وبقوله والقياس فيما دون العضو أن لا تبقى لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزأ وهو اشارة الى قول محمد وذكر وجه الاستحسان وبين الفرق بين العضو الكامل وما دونه بقوله ان مادون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء إليه فقلنا بانقطاعها حتى لو تيقنت بعدم وصول الماء إليه بأن منعت قصدا لم تنقطع الرجعة وهذا إشارة إلى استحسان محمد وقال (بخلاف العضو الكامل

والاحكام الثابتة أيضا ضرورية اقتضائية ثم قيل تنقطع بنفس الشروع عندهما وقيل بعد الفراغ ليتقرر حكم جواز الصلاة (واذا اغتسلت ونسيت شيأ من بدنها لم يصبه الماء فان كان عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة وان كان أقل من عضو انقطعت) قال رضي الله تعالى عنه وهذا استحسان والقياس في العضو الكامل ان لا تبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر والقياس فيما دون العضو ان تبقى لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزأ ووجه الاستحسان وهو الفرق ان مادون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه فقلنا بانه تنقطع الرجعة ولا يحل لها التزوج أخذا بالاحتياط فيهما بخلاف العضو الكامل

وقول محمد في الرجعة أحسن من قولهما لان الضعف الكائن في طهارة التيمم لم يظهر قط له أثر في شيء من الاحكام عندنا فعلمنا انه شيء له في نفسه فيجوز اقتداء المتوضئ به وتنقطع به الرجعة خصوصا والاحتياط في ذلك واجب هذا ولقائل أن يقول ان اشتراط الغسل بعد الانقطاع لتمام العادة قبل العشرة يرده الدليل وهو قوله تعالى ثلاثة قروء وخلوه عن اشتراطه فاشتراطه لانقضاء العدة يرده النص فان أجيب بان تعين الانقضاء منتف لفرض انه ليس أكثر الحيض واحتمال عود الدم دفع بان هذا الاعتبار الزائد لا يجدي قطع هذا الاحتمال لا في الواقع ولا شرعا لانها لو اغتسلت ثم عاد الدم ولم يجاوز العشرة كان له الرجعة بعد ان قلنا انقطعت الرجعة فكان الحال موقوفا على عدم العود بعد الغسل كما هو كذلك قبله ولو راجعها بعد هذا الغسل الذي قلنا انه به تنقطع الرجعة ثم عاودها ولم يجاوز العشرة صحت رجعته وكذا الكلام في التيمم فليس جواب المسئلة في الحقيقة الا مقيدا هكذا اذا انقطع لاقل من عشرة ولم يعاودها أو عاودها وتجاوزها ظهر انقطاع الرجعة من وقت الانقطاع لانقضاء العدة اذ ذاك حتى لو كانت تزوجت قبل الغسل ظهر صحته وان عاودها ولم يتجاوز فالاحكام المذكورة بالعكس والله أعلم (قوله والاحكام الثابتة أيضا ضرورية اقتضائية) إذ حل دخول المسجد والقراءة من ضرورة حل الصلاة ومقتضاه وكذا المس لانه قد يحتاج الى مس المصحف للقراءة في الصلاة لنسيان أو غلط أو زيادة اتقان وكذا سجدة التلاوة ركن من الصلاة وقد تجب في الصلاة (قوله وقيل بعد الفراغ ليتقرر الحكم بجواز الصلاة) قال في المبسوط وهو الصحيح فان فسادها قبل الفراغ محتمل لاحتمال رؤية الماء فيها ولو تيممت وقرأت أو مست المصحف أو دخلت المسجد قال الكرخي تنقطع به الرجعة لان صحة هذه حكم من أحكام الطاهرات وقال الرازي لا تنقطع به (قوله وان كان أقل من عضو انقطعت) وذلك كنحو الاصبع كذا في المحيط والينابيع وكذا بعض الساعد والعضد والعضو الكامل كاليد والرجل (قوله والقياس في العضو الى قوله والقياس فيما دون العضو) الحاصل أن الحكم

(قوله والجواب ان الضروري الخ) أقول فيه بحث فانه لو صح ما ذكر لم يستقم قوله في المسئلة الآتية ولا يحل لها التزوج اخذا بالاحتياط فان انقطاع الرجعة هنالك لانقضاء العدة ليس الا ويلزمه حل التزوج فليتأمل

لانه لايتسارع اليه الجفاف) فلما لم يكن مبلولا علم انه لم يصبه الماء لعدم الغفلة عنه عادة فلا تنقطع الرجعة) وهذا اشارة الى استحسان أبى يوسف فانظر حذق المصنف فى هذا الادراج اللطيف الذى قلما وقع مثله لغيره جزاه الله عن المحصلين خيرا (وعن أبى يوسف ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل) والواو بمعنى أو لان الحكم فى كل واحد منهما ذلك وهو رواية هشام عنه .

لانه لايتسارع اليه الجفاف ولا يغفل عنه عادة فافترقا وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل وعنه وهو قول محمد رحمة الله تعالى عليه هو بمنزلة مادون العضو لان فى فرضيته اختلافا بخلاف غيره من الاعضاء (ومن طلق امرأته وهى حامل أو ولدت منه وقال لم أجامعها فله الرجعة) لان الحبل متى ظهر فى مدة يتصور أن يكون منه جعل منه لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وذلك دليل الوطء منه وكذا اذا ثبت نسب الولد منه جعل واطئا

الثابت فى العضو ومادونه استحسان فالقياس فى العضو ان تنقطع لان للاكثر حكم الكل وفى بعض العضو أن لا تنقطع لانها لم تخرج الى حكم الطاهرات ولا يخفى تأتى كل من القياسين فى كل من العضو ومادونه فيقتضى أن يتعارض فى كل منهما قياسان قياس أن للاكثر حكم الكل فيوجب انقطاع الرجعة وقياس بقاء الحدث بعينه فيوجب عدم انقطاعها ومبنى وجه الاستحسان على اعتبار القياس الثانى إذ حاصله اعتبار ظهور عدم اصابة الماء الشئ وعدمه فاذا ظهر عدمه لم تنقطع الرجعة واذا ظهر ثبوت الاصابة انقطعت غيران ظهور الترك يتحقق فى العضو لا فى الاقل على ان كون ان للاكثر حكم الكل قياسا ممنوع بل انما يحكم به فى مواضع خاصة بخصوص دلائل فيها الا انه مطرد شرعا مهد ثم وجه التفصيل المذكور ان مادون العضو يتسارع الجفاف اليه بعد اصابة الماء غير بعيد وبتقديره تنقطع الرجعة فحكم بانقطاعها بناء على هذا الاحتمال احتياطا ولم يجز لها ان تتزوج بآخر حتى تغسل ذلك الموضع احتياطا فى أمر الفروج حتى انه لو تيقنت عدم اصابة لما بأن علمت قصدها الى اخلاء ذلك الموضع عن الاصابة قلنا لا تنقطع الرجعة بخلاف العضو الكامل فان احتمال جفافه بعد الاصابة بعيد فيه جدا لان الغفلة عنه ممن هو بصدد تعميم جميع الاعضاء فى غاية البعد فلم يظهر أثره فلم تنقطع (قوله وعن أبى يوسف ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك العضو) الواو بمعنى أو اذ ترك كل بانفراده كترك عضو وعنه وقول محمد كترك مادون العضو (قوله لان فى فرضيتهما) أى فى فرضية المضمضة والاستنشاق فى الغسل اختلافا فعلى تقدير الافتراض لا تنقطع الرجعة وعلى تقدير السنة تنقطع فقطعناها ملاحظة لهذا الاحتمال احتياطا ولو بقى أحد المنخرين لم تنقطع الرجعة (قوله ومن طلق امرأته وهى حامل أو ولدت منه) قبل الطلاق ثم طلقها (وقال لم أجامعها فله الرجعة لان الحبل متى ظهر بعد العقد فى مدة يتصور أن يكون منه بان تأتى به لستة أشهر فصاعدا من يوم التزوج جعل منه شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش) واذا جعله الشارع منه فقد أنزله واطئا وبطل زعمه فى عدم الوطء المستلزم لاقراره بعدم حق الرجعة له بتكذيب الشرع اياه فى ذلك حيث حكم بثبوت النسب فله الرجعة مادامت فى العدة وهذا لعدم تعلق حق أحد بسبب اقراره ذلك بخلاف مالو أقر بعين فى يد غيره لانسان ثم اشتراها ثم استحقت فأخذت منه قبل أن يقضى بها للمقر له ثم وصلت الى يده بسبب من الاسباب حيث يؤمر بتسليمها للمقر له وان كان مكذبا شرعا بالحكم للمستحق ثم بصحة الرجوع له وبخلاف مااذا قال فى عبد انسان انه حر الاصل أو أعتقه مولاه وكذبه المولى ثم اشتراه حكم بصحة الشراء وبحرية العبد مع أن الحكم بصحة الشراء فرع تكذيبه فالحاصل أن تكذيب الشرع اقراره بما يستلزم بطلان حق له تكذيب فى اللازم فينتفيان واذا انتفى عدم الوطء والرجعة ثبت وجودهما فعاد حقه فى الرجعة بخلاف اقراره بما يثبت به حق الغير فان تكذيب الشرع يقصره على حق نفسه

وذلك لان حكم الحيض باق لكونهما فرضين فى الجنابة (و) فى رواية أخرى (عنه) وهو رواية الكرخى عن محمد (هو) أى كل واحد منهما (بمنزلة مادون العضو لان فى فرضيته اختلافا) فان المضمضة والاستنشاق سنتان عند مالك والشافعى وكان الاحتياط فى انقطاع الرجعة (بخلاف غيره من الاعضاء) فانه لا خلاف لاحد فى فرضيته قال (ومن طلق امرأته وهى حامل أو ولدت منه ثم طلقها وقال لم أجامعها ثم أراد الرجعة) فله ذلك ولا معتبر بقوله لم أجامعها لانه ظهر الحبل فى مدة يتصور ان يكون منه لكون المسئلة موضوعة فى ذلك ومتى ظهر فى مدة يتصور ان يكون منه جعل منه (لقوله عليه السلام الولد للفراش) الحديث (وذلك) أى جعل الحمل منه (دليل الوطء منه وكذا إذا ثبت نسب الولد منه جعل واطئا) لانه لا يتصور بدونه

قال المصنف (بمنزلة مادون العضو) أقول يجوز أن يحمل على تقدير المضاف أى بمنزلة ترك مادون قال

المصنف (لان فى فرضيته اختلافا) أقول اى فرضية غسله فى الغسل ان أرجع ضميرهو الى الفم والانف وان أرجع الى المضمضة والاستنشاق فلا حاجة بنا الى تقدير المضاف بل فى قوله بمنزلة مادون العضو أى غسل مادون العضو وان ارجع الى الترك أى ترك المضمضة والاستنشاق فالقرينة الترك

(وإذا ثبت الوطء تأكد الملك والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه) انه لم يجامعها (بتكذيب الشارع) وفيه بحث من وجهين أحدهما ان النسب يثبت دلالة وقوله لم أجامعها صريح والصريح يفوق الدلالة والثاني انه أقر بقوله لم أجامعها بسقوط حق مستحق له وتكذيب الشارع لا يرده كما لو أقر بعين لانسان ثم اشتراها ثم استحقت من يده ثم وصلت إليه أمر بالتسليم إلى المقر له وان صار مكذبا شرعا وأجيب عن الاول بأن الدلالة من الشارع والصريح من العبد ودلالة الشارع أقوى لاحتمال الكذب من العبد دون الشارع وعن الثاني بانه لم يتعلق ههنا باقراره حق الغير والموجب للرجعة وهو الطلاق بعد الدخول ثابت فيترتب عليه الحكم لثبوت المقتضى وانتفاء المانع بخلاف المستشهد به فان المانع ثم موجود وهو تعلق حق الغرماء به وقوله (ألا ترى) توضيح لقوله والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة وبيان الاولوية ان الاحصان له مدخل في وجود العقوبة ومع هذا يثبت بهذا الوطء (فلأن يثبت به الرجعة) التي ليست فيها جهة العقوبة (أولى) وقوله (وتأويل مسئلة الولادة) ظاهر (فان خلا بها وأغلق بابا أو أرخى سترا) على رواية كتاب الطلاق بكلمة أو وعلى رواية الجامع الصغير وأرخى سترا بالواو والاول أصح (ثم قال لم أجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة لان تأكد الملك بالوطء وقد أقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه) فان قيل قد صار مكذبا شرعا لوجوب كمال المهر ولا يجب المهر كاملا الا اذا كان الطلاق بعد الدخول أجاب بقوله (ولم يصر مكذبا شرعا لان تأكد المهر المسمى يبتنى على تسليم المبدل لا على القبض) ومعناه انما يصير مكذبا شرعا ان لو كان كمال المهر مستلزما للقبض وهو الوطء وليس كذلك وانما هو مستلزم لتسليم المبدل وقد حصل بالخلوة الصحيحة اذ التسليم عبارة عن رفع الموانع بين المسلم والمسلم اليه وبقدر المسلم اليه على أن يقبضه وقد وجد ذلك والتسليم غير مستلزم للقبض فلا يلزم التكذيب (بخلاف الفصل الاول) لان الحبل وثبوت النسب يستلزم القبض فيلزم التكذيب

واذا ثبت الوطء تأكد الملك والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه بتكذيب الشرع ألا ترى انه يثبت بهذا الوطء الاحصان فلأن تثبت به الرجعة أولى وتأويل مسئلة الولادة أن تلد قبل الطلاق لانها لو ولدت بعده تنقضي العدة بالولادة فلا تتصور الرجعة قال (فان خلا بها وأغلق بابا أو أرخى سترا وقال لم أجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة) لان تأكد الملك بالوطء وقد أقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه ولم يصر مكذبا شرعا بخلاف المهر لان تأكد المهر المسمى يبتنى على تسليم المبدل لا على القبض بخلاف الفصل الاول

فيبقى لازم المرتفع بالتكذيب كما لو لم يكذب فلذا كذب في اقراره بالحرية وثبت الحكم بهما وفي استحقاق المقر له بالعين مع تكذيبه بالحكم للمستحق فان قلت كيف يتصور وجود الملزوم مع تخلف اللازم وان كان لزوما شرعيا لان تخلفه يبطل اعتبار الشرع اياه لازما وقد فرض اعتباره لازما فالجواب ان الامتناع في اللزوم العقلي أما الشرعي فقد يحكم الشرع باللزوم على تقدير فتقتصر الملازمة عليه وهنا كذلك فانه حين أقر بالعين لفلان ثبت ان فلانا أحق بها من غيره فاذا كذبه الشرع بالقضاء به للمستحق في اقراره بانه لفلان ثبت انه ليس لفلان بالنسبة الى المستحق فقط وانه له بالنسبة الى المقر فثبت اللزوم على هذا الوجه (قوله ألا ترى انه يثبت بهذا الوطء الاحصان) أي الوطء الذي يثبت بتكذيب الشرع اياه والاحصان له مدخل في ايجاب العقوبة فلأن تثبت به الرجعة ولا مدخل لها في العقوبة أولى (قوله وتأويل مسئلة الولادة ان تلد قبل الطلاق) أي في مدة تصلح بان تلد لستة أشهر فصاعدا من يوم النكاح كما قدمنا (قوله وأغلق بابا) المناسب أو أغلق بابا أو كما فعل في أرخى لا بالواو لان كلا منهما تفصيل للخلوة لاستقلاله باثباتها لا مباين لها (قوله لان تأكد الملك بالوطء) اذ بعدمه تبين بالطلاق لا الى عدة وشرط الرجعة العدة وقد أقر بعدمه فصار مبطلا حق نفسه من الرجعة (قوله ولم يصر مكذبا شرعا الخ) جواب عما قد يقال انه هنا أيضا صار مكذبا شرعا حيث لزمه تمام المهر بناء على صحة الخلوة والحكم بذلك شرعا انزالا له واطئا شرعا فمنع كونه بناء على ذلك شرعا أو على ما يستلزمه بل هو بناء على تمام تسليم المبدل وهو بضعها بالتخلية التي هي وسعها ولو توقف لزوم كمال المهر على غير ذلك مما ليس هو فعلها لتضررت فلم يكن مكذبا شرعا وتجب العدة عليها مع ذلك لاحتمال كذبه أو كذبهما والعدة يحتاط في اثباتها لان انقضاءها يستلزم حلها للازواج فهي حق الشرع فلا يصدقان في ابطالها فتصير العدة قائمة شرعا ولا رجعة عليها فلم تقم الخلوة هنا مقام الوطء لما أوجب ذلك وقول امام الحرمين ان العدة تستدعي سبقا في الشغل مردود بالآيسة والصغيرة ولو قال جامعتها كان له الرجعة وان كذبته المرأة في الوطء (قوله بخلاف الفصل الاول) يتصل بقوله لم يصر مكذبا شرعا وعني به ثبوت النسب لظهور الحمل حال الطلاق أو بالولادة قبل الطلاق كما هو حكم المسئلة المتقدمة لتكذيب الشرع له في قوله لم أجامعها حيث جعله واطئا حكما لان الرجعة تبنى على الدخول وقد ثبت لثبوت النسب لانه

(قوله والصريح يفوق الدلالة) أقول الدلالة اذا عملت عملها لا يعارضها الصريح فضلا عن أن يكون فوقها وما نحن فيه كذلك

(فان راجعها بعد ما خلا بها وقال لم أجامعها) يعني وان كان لا يملكها (ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة) أي الرجعة السابقة (لان النسب ثابت منه لعدم الاقرار منها بانقضاء العدة) ولاحتمال المدة (فان الولد يبقى في البطن هذه المدة ولا يكون ذلك الا بالدخول فأنزل واطئا قبل الطلاق دون ما بعده) لان فيما بعده يكون الوطء حراما لزوال الملك بنفس الطلاق يعني الا الى عدة لان الفرض عدم الوطء قبله لانه أنكره بعد الخلوة والمسلم لا يفعل الحرام واذا كانت موطوءة قبل الطلاق كان الطلاق بعد الدخول وذلك يعقب الرجعة فكانت الرجعة صحيحة قال (فان قال لها اذا ولدت فأنت طالق) ومن علق طلاق امرأته بولادتها فولدت ولدا ثم ولدت ولدا فاما أن يكون بين الولدين ستة أشهر أولا فان كان الثاني فالولادة الثانية لا تكون دليل الرجعة فيكون الطلاق قد وقع بالولد الاول وانقضت العدة بالولد الثاني وما ثم دليل على انه وطئها بعد الولد الاول فلا يثبت به الرجعة وان كان الاول وهو المذكور في الكتاب فهي رجعة لان الولادة الثانية رجعة ووجهه ما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله (وان كان أكثر من سنتين) ان الوصل أي لما كان بين الولدين ستة أشهر لا تفاوت بعد ذلك بين أن تكون الولادة الثانية في أقل من سنتين وبين أن تكون أكثر من ذلك في ثبوت الرجعة لان الولد الثاني مضاف الى علوق حادث لا محالة وهو بالوطء بعد الطلاق وكان رجعة (وان قال كلما ولدت ولدا فأنت طالق) على ما ذكره في الكتاب واضح وقوله (لما ذكرنا) اشارة الى قوله لانه وقع الطلاق عليها بالولد الاول الخ

(فان راجعها) معناه بعد ما خلا بها وقال لم أجامعها (ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة) لانه يثبت النسب منه اذ هي لم تقر بانقضاء العدة والولد يبقى في البطن هذه المدة فأنزل واطئا قبل الطلاق دون ما بعده لان على اعتبار الثاني يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطء قبله فيحرم الوطء والمسلم لا يفعل الحرام (فان قال لها اذا ولدت فأنت طالق فولدت ثم أتت بولد آخر فهي رجعة) معناه من بطن آخر وهو أن يكون بعد ستة أشهر وان كان أكثر من سنتين اذا لم تقر بانقضاء العدة لانه وقع الطلاق عليه بالولد الاول ووجبت العدة فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه في العدة لانها لم تقر بانقضاء العدة فيصير مراجعا (وان قال كلما ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ثلاثة أولاد في بطون مختلفة فالولد الاول طلاق والولد الثاني رجعة وكذا الثالث) لانها اذا جاءت بالاول وقع الطلاق وصارت معتدة وبالثاني صار مراجعا لما بينا انه يجعل العلوق بوطء حادث في العدة ويقع الطلاق الثاني بولادة الولد الثاني لان اليمين معقودة بكلمة كلما ووجبت العدة وبالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا وتقع الطلقة الثالثة بولادة الثالث ووجبت العدة بالاقراء لانها حائل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق

لا نسب بالاماء فتثبت (قوله معناه بعد ما خلا بها وقال لم أجامعها) أي ثم طلقها ثم راجعها الا تصح الرجعة لاعترافه بعدم الوطء فلو جاءت بعد هذه الرجعة بولد لاقل من سنتين من وقت الطلاق صحت أي ظهر صحتها (قوله لان على اعتبار الثاني) وهو انزاله واطئا بعد الطلاق وحينئذ فالصلف في العبارة أن يقول لان على الاعتبار الثاني يحرم الوطء لزوال الملك بنفس الطلاق على زعمه في عدم الوطء اذ المؤدى على عبارته هكذا على اعتبار انزاله واطئا بعد الطلاق يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطء قبله فيحرم وتحصيل المقصود من هذه بتكلف بعد توهم خطئها (قوله والمسلم لا يفعل الحرام) فان قيل والظاهر منه أيضا أنه لا يكذب فالجواب لابد من أحد الاعتبارين وعلى الاول يلزم كذبه وعلى الثاني يلزم الزنا وهو أعظم من مثل هذه الكذبة (قوله وهو أن يكون بعد ستة أشهر وان كان أكثر من سنتين) ان فيه للوصل فأفادان قوله بعد ستة أشهر معناه أي فصاعدا أقل من سنتين أو أكثر وان كان عشر سنين ما لم تقر بانقضاء العدة لان الثاني يضاف الى علوق حادث بعد الطلاق في العدة لان امتداد الطهر لا غاية له الا الاياس وبه يصير مراجعا بخلاف ما ذكر في كتاب الدعوى ان المطلقة طلاقا رجعيا لو ولدت لاقل من سنتين بيوم لا يكون رجعة وفي أكثر من سنتين يكون رجعة لاحتمال العلوق قبل الطلاق في الاول دون الثاني فان هذا الاحتمال سقط هنا لانهما اذا كانا من بطنين كان الثاني من وطء حادث البتة بخلاف ما اذا كان بينهما أقل من ستة أشهر فانهما حينئذ من بطن واحد اذ لم يقم دليل يوجب الحكم بكون الثاني من وطء على حدته بعد الطلاق الواقع بولادة الاول فلم تثبت الرجعة لانها بالوطء الكائن بعد الطلاق (قوله وان قال كلما ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ثلاثة أولاد في بطون مختلفة) وهو أن يكون بين كل ولدين ستة أشهر فان كان أقل فهما توأمان فيقع طلقتان بالاولين لا غير اذ بالثالث تنقضي العدة ولو كان الاولان في بطن والثالث في بطن تقع تطليقة واحدة بالاول لا غير وتنقضي العدة بالثاني ولا يقع بالثالث شئ ولو كان الاول في بطن والثاني والثالث في بطن يقع ثنتان بالاول والثاني وتنقضي العدة بالثالث فلا يقع به شئ واذا كانوا في بطون فالولد الثاني رجعة وكذا الثالث لانها اذا جاءت بالاول وقع

(قوله وان كان لا يملكها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين) أقول أي لا يملك الرجعة

وقوله (والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين) التشوف خاص فى الوجه والتزين عام تفعل من شفت الشئ جلوته ودينار مشوف أى مجلو وهو أن تجلو المرأة وجهها وتصقل خديها وقوله (اذا النكاح قائم بينهما) يدل عليه ان التوارث قائم بينهما وكذلك جميع أحكام النكاح قائم ولهذا لو قال كل امرأة لى طالق تدخل هذه المطلقة فيه ويقع عليها الطلاق فان قيل لو كان النكاح قائما بينهما لجاز أن يسافر بها كالتى فى نكاحه وليس كذلك على ماذكره أجيب بانه امتنع بالنص وهو قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن فانه نزل فى الطلاق الرجعى بدليل قوله تعالى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا أى لعله يبدو له فيراجعها والمسافرة بها اخراج من البيت فيكون منهيا عنها فان قيل لم لا يكون نفس المسافرة دليلا على الرجعة أجيب بان الاخراج منهى عنه والرجعة مندوب اليها وهما متنافيان وقوله (ولان تراخى عمل المبطل دليل معقول على عدم جواز المسافرة بها قبل الرجعة وتقريره تراخى عمل المبطل وهو الطلاق لحاجة الزوج الى المراجعة ولا حاجة له اليها فلا تراخى اما ان التراخى كذلك فقد علم مما تقدم وأما عدم حاجته اليها فلانه اذا لم يراجعها حتى انقضت المدة ظهر انه لا حاجة له اليها وفيه نظر لان كلامه يدل على أن المسافرة لا تجوز اذا انقضت المدة ولم يراجعها واما اذا سافر بها وهى فى العدة فليس فيه دلالة على عدم جواز ذلك والكلام فيه وأجيب بانه انما يرد أن لو كان المراد بالمدة العدة واما اذا أريد بها مدة الاقامة فلا يرد وفيه نظر لان عمل المبطل أخر الى انقضاء العدة بالاجماع دون مدة الاقامة ولعل الصواب ان عدم جواز المسافرة أيضا يثبت بالتبيين كعمل المبطل واذا ظهر عدم الحاجة تبين أن المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا يحتسب الاقراء من العدة ولو كان عمل المبطل مقتصرا على انقضاء العدة لما احتسب الاقراء الماضية من العدة كما لم تحتسب فى قوله اذا حضت فأنت طالق فان تلك الحيضة غير محتسبة من العدة لانه شرط وقوع الطلاق واذا لم يقتصر عمل المبطل على وقت انقضاء العدة بل كان من وقت وقوع الطلاق كانت المطلقة الرجعية بمنزلة المبتوتة تقديرا حين لم يرد الرجعة فكما أنه لا يملك اخراج المبتوتة الى السفر فكذلك لا يملك اخراج المطلقة الرجعية الا أن يشهد على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك النكاح

(والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين) لانها حلال للزوج اذ النكاح قائم بينهما ثم الرجعة مستحبة والتزين حامل له عليها فيكون مشروعا (ويستحب لزوجها أن لا يدخل عليها حتى يؤذنها أو يسمعها خفق نعليه) معناه اذا لم يكن من قصده المراجعة لانها ربما تكون متجردة فيقع بصره على موضع يصير به مراجعا ثم يطلقها فتطول العدة عليها (وليس له أن يسافر بها حتى يشهد على رجعتها) وقال زفر رحمه الله تعالى عليه له ذلك لقيام النكاح ولهذا له أن يغشاها عندنا ولنا قوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن الآية ولان تراخى عمل المبطل لحاجته الى المراجعة فاذا لم يراجعها حتى انقضت العدة ظهر انه لا حاجة له فتبين ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا تحتسب الاقراء من العدة فلم يملك الزوج الاخراج الا أن يشهد على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك الزوج وقوله حتى يشهد على رجعتها

الطلاق لوجود شرطه ودخلت فى العدة وبالولد الثانى صار مراجعا لما بينا ان العلوق بوطء حادث فى العدة فيصير به مراجعا وقوله وبالثانى صار مراجعا معناه ظهر به الرجعة سابقا ثم يقع بالثانى طلقة ثانية لان اليمين بكلما المقتضية للتكرار ودخلت فى العدة وبالولد الثالث تظهر رجعته على ماذكرنا وتقع الثالثة بولادته ولا يلزم الحكم بالوطء فى النفاس وهو محرم لان النفاس لا يلزمه كمية خاصة فجاز أن يكون غير ممتد وجاز أن لا ترى شيأ أصلا على ما تقدم فى الحيض فلم يلزم الحكم بالوطء (قوله تتشوف) التشوف خاص بالوجه والتزين عام من شفت الشئ جلوته ودينار مشوف أى مجلو وهو أن تجلو وجهها وتصقله (قوله اذ النكاح قائم بينهما) وكذا جميع أحكامه من التوارث ولو قال كل امرأة لى طالق تدخل هذه المطلقة فتطلق سوى المسافرة بها فانها تحرم على الزوج لنص فيها على خلاف القياس وهو قوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن نزلت فى الرجعية لسياق الآية وهو قوله تعالى لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا أى يبدو له أن يراجعها ولحرمتها بهذا النص لم تجعل رجعة لان الرجعة مندوبة والمسافرة بها حرام قيل ولا دلالة الا ان الكلام فيمن يصرح بعدم رجعتها أو ورد عليه ان التقبيل بشهوة ونحوه يكون نفسه رجعة وان نادى على نفسه بعدم الرجعة وجوابه الفرق بالحل والحرمة كما قلنا وكما لا يحل لها السفر لا يحل الخروج بها الى ما دونه لان الحرمة ليست منوطة بالسفر بل بالخروج وكما يكره السفر بها تكره الخلوة اذ قد ينظر نظرا يصير به مراجعا وهو لا يريد الرجعة فيطلقها أخرى فيؤدى الى تطويل العدة عليها وذلك حرام وقال السرخسى انما تكره الخلوة اذا لم يأمن غشيانها اذ يصير مراجعا لها بغير اشهاد وهو مكروه ومقتضى هذا انه اذا أمن لا يكره وان كراهة الخلوة حينئذ تنزيهية ولم يلتفت شمس الائمة الى التعليل باحتمال النظر الذى يصير به مراجعا كأنه لبعده جدا حيث كان انما هو النظر الى داخل الفرج وقل أن يقع مع الخلوة حتى ان الانسان يكون مع زوجته التى هى فى عصمته سنين لا يقع له هذا النظر الا ان تعمده قصدا حالة الجماع لكن الوجه الذى ذكره المصنف وهو قوله لان تراخى عمل المبطل يعنى الطلاق وعمله قطع النكاح لحاجته أى لحاجة الزوج الى المراجعة

وقوله (على ماقدمنا) يعني في أوائل الباب حيث قال ويستحب أن يشهد على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة (والطلاق
جي لايحرم الوطء وقال الشافعي رحمه الله يحرمه لان حل الوطء بالزوجية والزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق وانما ان الزوجية
ولهذا يملك مراجعتها من غير رضاها) بالاتفاق ولو كانت زائلة لكانت أجنبية فلم تصح الرجعة بدون رضاها وهذا المقدار كان كافيا
ستدلال لكنه استظهر بقوله لان حق الرجعة يثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى أي ثبوته
ه يوجب استبداده به أي بالرجعة بتأويل الرجوع اذ لو لم يكن مستبدا به لما تم النظر لانه قد لاترضى المرأة بالرجعة فحق الرجعة
ب استبداد الزوج بالرجعة (واستبداده بذلك يؤذن بكونه استدامة لا انشاء) اذ الدليل الدال على الاستبداد

الاستحباب على ماقدمناه (والطلاق الرجعي لايحرم الوطء) وقال الشافعي رحمه الله يحرمه
لزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا انها قائمة حتى يملك مراجعتها من غير رضاها لان
لرجعة ثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى يوجب استبداده به
يؤذن بكونه استدامة لا انشاء اذ الدليل ينافيه والقاطع أخر عمله الى مدة اجماعا أو نظرا له على
دم والله أعلم بالصواب

ل فيما تحل به المطلقة (واذا كان الطلاق بائنا دون الثلاث فله أن يتزوجها في العدة وبعد
ائها) لان حل المحلية باق لان زواله معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبله

ن راجعها حتى انقضت المدة أي العدة ظهر انه لاحاجة الى الرجعة فتبين ان المبطل عمل الابانة من
و وجوده وان مسافرته بها كانت بأجنبية كما يقتضي قصر كراهة المسافرة على تقدير ما اذا لم
عها بعد ذلك في العدة كذلك يقتضي حرمة الخلوة بها ان لم يكن قصده الرجعة ويقتضي أنه لو راجعها
ت حاجته وان المبطل لم يعمل أصلا فيتبين ان الخلوة والمسافرة لم يكونا باجنبية والدليل على أن
من وقت وجوده احتساب الاقراء الماضية قبل انقضاء العدة من العدة فلو كان المبطل مقتصرا
نقضائها لم تحتسب واحتيج الى عدة مستأنفة والاوجه تحريم السفر مطلقا لاطلاق النص في منع
ر بها دون الخلوة لعدم النص وقصور المعنى وهو لزوم المراجعة بالنص على ماتقدم ولزوم ظهور
خلوة بأجنبية غير مضار اذ حالة تحققها كانت زوجة يباح معها شرعا مايباح من الزوجة (قوله
) يعني استبداده به (يؤذن بكونه استدامة لا انشاء والدليل ينافيه) أي دليل الاستبداد وهو ثبوت
ه بغير رضاها ينافيه أي ينافي الانشاء لانه لو كان انشاء ولو من وجه لم يستبد به الزوج بل احتاج
ضا المرأة وانتم والشهود والولي عند من يوجبه احتياطا ومما يدل على بقاء الزوجية في الرجعي
وجه ماقدمنا في أول الباب من النصوص فارجع اليه (قوله والقاطع الخ) جواب عن قول
عي الزوجية زائلة لوجود القاطع فانا نعم وجد ولكن أخر عمله اجماعا لان الاجماع على أن الرجعة
بلا رضاها يفيد أن عمله وهو القطع مؤخر أو نقول تأخر عمله نظرا للزوج على ماتقدم من ان حق
ة ثبت نظرا له والله سبحانه أعلم
ل فيما تحل به المطلقة لما ذكر مايتدارك به الطلاق الرجعي ذكر مايتدارك به غيره (قوله لان
لمحلية) تركيب غير صحيح والصحيح أن يقال لان حل المحل باق أو لان المحلية باقية وهذا لان المحلية
ن الشيء محلا ولامعنى لنسبة الحل اليها اذ لامعنى لحل كونها محلا (قوله لان زواله) مرجع الضمير

وهو ماذكرنا من القياس ينافي أن تكون الرجعة انشاء لان الزوج لايستبد به والاستدامة لا تحقق الا في القائم وكانت الزوجية قائمة وقوله (والقاطع) جواب عن قوله لوجود القاطع ومعناه ان وجود القاطع لاينافي قيام الزوجية لانه أخر عمله الى مدة اجماعا أو نظرا له على ماتقدم يعني قوله يثبت الزوج نظرا له فكان كالبيع الذي فيه الخيار تأخر عمل البيع في اللزوم الى مدة نظرا لمن له الخيار

فصل فيما تحل به المطلقة

لما فرغ من بيان مايتدارك به الطلاق الرجعي ذكر مايتدارك به غيره من الطلقات في فصل على حدة (واذا كان الطلاق بائنا دون الثلاث فله أن يتزوجها في العدة وبعد

ئها لان حل المحلية) وهو كونها آدمية ليست من المحرمات (باق لان زواله معلق بالطلقة الثالثة) لقوله تعالى فان طلقها فلا
له على ماذكره والمعلق بالشرط معدوم قبله ورد بأن الشرط يوجب الوجود عند الوجود دون العدم عند العدم عندنا والجواب
دوم بعدمه الاصلي اذ العلة لم تصر علة بعد واذا كان حل المحل باقيا جاز نكاحها في العدة وبعد انقضائها فان قيل هذا تعليل في
لنص قال الله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله نهى عن العزم على نكاح المعتدة مطلقا والتعليل في
باطل

ل فيما تحل به المطلقة قال المصنف (فينعدم قبله) أقول وتذكير الضمير الراجع الى الطلقة لتأويله بالطلاق

أجاب بقوله ومنع الغير في العدة (١٧٤) لاشتباه النسب ومعناه ان المراد بالآية منع الغير عن العزم على نكاح المعتدة لان المانع

ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب، ولا اشتباه في اطلاقه (وان كان الطلاق ثلاثا في الحرة أو ثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها أو يموت عنها) والاصل فيه قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فالمراد الطلقة الثالثة والثنتان في حق الامة كالثلاث في حق الحرة لان الرق منصف

الحل وغير فيه عدم للزوال (قوله ومنع الغير) جواب عن مقدر والمتبادر من العبارة ان يقال ما فرق بين الزوج وغيره حيث جاز في العدة للزوج التزوج لا لغيره فأجاب بلزوم اشتباه النسب في الاجنبي دون الزوج وهو سهل وقد يقرر هكذا المنع في العدة عام بالنص قال الله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله يعني انقضاء العدة فكيف جاز للزوج تزوجها في العدة وحاصل هذا استشكال الاطلاق للزوج في العدة وعموم النص عنه والاول طلب الفرق قلنا عمومه في ضمير تعزموا وفي العدة خص منها العدة من الزوج نفسه بالاجماع فيلزم تخصيصه من العموم الاول وحكمة شرعية العدة في الاصل ان لا يشتبه النسب (ولا اشتباه في اطلاقه) أي اطلاق صاحب العدة عن ذلك المنع لان الماء ماؤه فلذلك جاز الاجماع على اطلاقه وأطلق وليس هذا الكلام بيان علة دليل التخصيص أعني الاجماع لان الصغيرة والآيسة لا اشتباه في حقهما مع عدم اطلاق الغير فيهما بل بيان عدم المانع من اطلاقه وعدم المانع لا يعلل به لكن المعنى انه لم يجتمع مع المانع بل هو منتف فجاز الاجماع وبسطه أن العدة بعلة الحاجة الى دفع الاشتباه فوجود الحاجة الى الدفع مقتض لثبوت العدة المانعة من التزوج ففي محل لا يتحقق وجود الحاجة الى الدفع كما في صاحب العدة فقد المانع من عدمها الا أنه وجد المقتضي للعدم لان العلة لا تؤثر في العكس يعني ليس عدمها علة لعدم الحكم ولذلك ثبت الحكم أعني وجود العدة مع عدمها في الآيسة والصغيرة بالنص وهو قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن اما بعلة أخرى اما أن يكون اظهار الخطر المحل اذا تأملت حيث منع عن ورود ملك الاستمتاع عليه مدة ليعز على الراغب بخلاف ما لو أطلق مطلقا كما أظهر خطره مرة أخرى باشتراط جمع الناس ليشهدوه أو لم يطلع عليها أو هي فيهما تعبد محض ولم يمكن اخراجهما من حكم العدة مع النص عليهما وفي غيرهما معلل بما قلنا فليست العدة مطلقا تعبدية (قوله وان كان الطلاق ثلاثا في الحرة أو ثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره الخ) لا فرق في ذلك بين كون المطلقة مدخولا بها أو غير مدخول بها لصريح اطلاق النص وقد وقع في بعض الكتب ان في غير المدخول بها تحل بلا زوج وهو زلة عظيمة مصادمة للنص والاجماع لا يحل لمسلم رآه ان ينقله فضلا عن ان يعتبره لان في نقله اشاعته وعند ذلك ينفتح باب للشيطان في تخفيف الامر فيه ولا يخفى ان مثله مما لا يسوغ الاجتهاد فيه لفوت شرطه من عدم مخالفة الكتاب والاجماع نعوذ بالله من الزيغ والضلال ومما صرح فيه بعدم الفرق مختارات النوازل والامر فيه من ضروريات الدين لا يبعد اكفار مخالفه (قوله والمراد) أي المراد بقوله تعالى فان طلقها (الطلقة الثالثة) لانه ذكرها عقيب الطلقتين في القرآن حيث قال الطلاق مرتان ثم قال فان طلقها أي الثالثة هذا قول الجهور وذهبت طائفة الى ان الثالثة هي قوله أو تسريح باحسان فان أبا رزين العقيلي سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عرفت الطلقتين في القرآن فأين الثالثة فقال في قوله أو تسريح باحسان كذا في المبسوط وكان المراد الخلاف في بيان شرعية الثالثة انه وقع بلفظ التسريح أو بقوله تعالى فان طلقها اذ لا يمكن الخلاف في أن المراد بقوله فان طلقها الثالثة لانه عقبها بقوله فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فالحق ان المراد بالتسريح الثالثة ولا تكرار فان الثاني ذكر شرط الاعطاء حكم الثالثة والاول ذكر لبيان ابتداء شرعية الثالثة وحاصله أن يقال شرعها

اشتباه النسب ولا اشتباه في اطلاقه أي في تجويز نكاح معتدته اذ الاشتباه انما يكون عند اختلاف المياه وذلك انما يكون في معتدة الغير واعترض عليه بالصغيرة والآيسة وعدة الوفاة قبل الدخول ومعتدة الصبي والحيضة الثانية والثالثة فانه لا اشتباه في هذه المواضع ولا يجوز التزوج في العدة وأجيب بأن ذلك بيان الحكمة وحكمة الحكم تراعى في الجنس لا في كل فرد لا بيان العلة لوجود التخلف فيما ذكر من الصور وأقول كما ذكرت اشتباه النسب مانع عن جواز النكاح في عدة الغير وهذا صادق وأما انه يلزم جوازه اذا عدم هذا المانع فليس بلازم لجواز أن يكون ثمة مانع آخر وهو جهة التعبد (وان كان الطلاق ثلاثا في الحرة أو ثنتين في الامة لم تحل للزوج الاول حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها أو يموت عنها لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) والمراد بقوله تعالى فان طلقها الطلقة الثالثة عند أكثر أهل التأويل (والثنتان في الامة كالثلاث في حق الحرة لان الرق منصف

(قوله أجاب بقوله ومنع الغير في العدة الى قوله اذ الاشتباه انما يكون الخ) أقول هذا أيضا من قبيل التعليل في مقابلة النص والاولى أن يقال خص منه المطلق بالاجماع قال المصنف (وان كان الطلاق ثلاثا) أقول لم يقل ثلاثة اتأويل الطلاق بالطلقات ثلاثا

لحل المحلية) لكونه نعمة والعقدة الواحدة لاتتجزأ فكملت على ماعرف وانما يجب أن يكون النكاح صحيحا لان الغاية نكاح زوج آخر مطلقا حيث لم يقيد بصحة ولافساد والمطلق ينصرف الى الكامل على ماعرف فى الاصول (والزوجية المطلقة) أى الكاملة (انما تثبت بنكاح صحيح) وانما يشترط الدخول به إما باشارة الكتاب على ماذكره المصنف وهو طريقة بعض المشايخ وهو ان يحمل النكاح فى قوله تعالى حتى تنكح على الوطء حملا للكلام على الافادة دون الاعادة فان العقد استفيد باطلاق اسم الزوج فى قوله زوجا غيره فلو حملنا النكاح على العقد كان ذلك تأكيدا والتأسيس أولى من التأكيد واما بالحديث المشهور وهو حديث رفاعة بن وهب القرظى طلق امرأته فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهى تميمة وقيل عائشة بنت عبد الرحمن بن عتيك فتزوجت عبد الرحمن ابن الزبير القرظى ثم طلقها فأتت النبى صلى الله عليه وسلم وقالت يارسول الله ان رفاعة طلقنى فبت طلاقى وانى نكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير القرظى وانما معه مثل الهدبة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلك تريدين أن ترجعى الى رفاعة لاحتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك وقد روى بروايات مختلفة فى بعضها بلفظ الغيبة كماذكر فى الكتاب وفى بعضها بلفظ الخطاب كمارويت وهو المذكور فى كتب الاصول وهو حديث مشهور يجوز الزيادة به على الكتاب ونسخ إطلاقه وقد ذكرنا ذلك فى التقرير على الوجه الاتم فليطلب ثمة

الحل المحلية على ماعرف ثم الغاية نكاح الزوج مطلقا والزوجية المطلقة انما تثبت بنكاح صحيح وشرط الدخول ثبت باشارة النص وهو أن يحمل النكاح على الوطء حملا للكلام على الافادة دون الاعادة اذ العقد استفيد باطلاق اسم الزوج أو يزاد على النص بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام لاتحل للاول حتى تذوق عسيلة الآخر روى بروايات

ثلاثا ورتب على الثالثة حكما وبين ذلك بقوله الطلاق مرتان وبعدهما امامساك بمعروف أو تسريح بثالثة باحسان فان طلقها الثالثة اختيار الاحد الامرين الجائزين له فحكمه ان لاتحل له حتى تنكح زوجا غيره فتحصل ان كلمة ما مراد به الثالثة (قوله لحل المحلية) فيه ماسبق (قوله ثم الغاية) أى غاية عدم الحل الثابت بقوله تعالى فلاتحل له هو الزوج الثابت بقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره فلذا قلنا لوطلقها اثنتين وهى أمة ثم ملكها أو ثلاثا الحرة فارتدت ولحقت ثم ظهر على الدار فملكها لايحل له وطؤها بملك اليمين حتى يزوجها فيدخل بها الزوج ثم يطلقها (قوله والزوجية) مطلقا وكذا الزوج مطلقا انما يثبت بنكاح صحيح لان المطلق ينصرف الى الكامل أو لانه المتبادر عند اطلاقه خصوصا اذا كان مضافا الى المستقبل دون النكاح الفاسد بخلافه مضافا الى الماضى لان المراد فى الاول التحصن والاعفاف وهو لايحصل الا بالصحيح وفى الثانى صدق الاخبار وهو يحصل بالتزوج فاسدا ولذا حنث فى يمينه لم يتزوج بالفاسد لافى حلفه لايتزوج (قوله وشرط الدخول ثبت باشارة النص الخ) ولا يخفى ان على تقدير حمله على الوطء انما يثبت بعبارة النص لانه مقصود بالسوق (قوله حملا للكلام على الافادة دون الاعادة) يعنى ان الاعادة لازم على تقدير حمل لفظ تنكح على العقد لان اسم الزوج يتضمن اعادته لدلالته عليه التزاما بخلاف ما اذا حملناه على الوطء وان كان حينئذ مجازا بالنسبة الى المرأة اذ هو حال نسبته اليها يراد به التمكين من حقيقته لاحقيقته فان المجاز فى الكلام أكثر من الاعادة هذا الوجه على العموم ووجه آخر على رأينا وهو ان فى حمله على العقد مجازين النكاح فى العقد مجاز فان حقيقته الوطء والزوج فى الاجنبى مجاز باعتبار الاول وعلى الوطء مجاز واحد وهو النكاح فى التمكين والزوج حينئذ حقيقة (قوله أو يزاد على النص بالحديث المشهور) هذا انما يتصور اذا أريد بلفظ تنكح فى النص العقد لاعلى ارادة الوطء فيه (قوله يروى بروايات) روى الجماعة من حديث عائشة رضى الله عنها انه صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل طلق زوجته ثلاثا فتزوجت زوجا غيره فدخل بها ثم طلقها قبل أن يواقعها أتحل لزوجها الاول قال لاحتى يذوق الآخر من عسيلتها ماذاق الاول وروى الجماعة الا أباداود عن عائشة رضى الله عنها قالت جاءت امرأة رفاعة القرظى الى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت كنت عند رفاعة القرظى فطلقنى فأبت طلاقى فتزوجت بعده بعبد الرحمن

قال المصنف (والزوجية المطلقة) أقول جعل الاطلاق قيدا للزوج دون النكاح ليمشى على كلا وجهى شرط الدخول فليتأمل قال المصنف (وهو أن يحمل النكاح على الوطء حملا للكلام على الافادة) أقول قال الزيلعى هكذا ذكر الاصحاب وفيه نظر فان النكاح المنسوب الى المرأة يراد به العقد لتصوره منها دون الوطء لاستحالته منها ويمكن أن يقال يجوز نسبته اليها مجازا كما يقال زانية مجازا بالتمكين منه وهذا أقرب من حمله على العقد لان فى حمله على العقد مجازين أحدهما ان النكاح حقيقة للوطء ومجاز للعقد وفيه حمله عليه والثانى ان فيه تسمية الاجنبى زوجا باعتبار مايؤول اليه وفيه حمل اللفظ على الاعادة أيضا وفى حمله على الوطء مجاز واحد وهو نسبة الوطء اليها فكان أولى انتهى وفيه بحث لان التمكين من الوطء لايوجب الوطء ولايلازمه الا أن يقال المراد التمكين المقارن للفعل وفيه مافيه ولايبعد ان يقال قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره من قبيل عيشة راضية على الاسناد المجازى

ولاخلاف لاحد فيه سوى سعيد بن المسيب وقوله غير معتبر حتى لو قضى به القاضى لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لانه كمال ومبالغة فيه والكمال قيد زائد (والصبى المراهق فى التحليل كالبالغ) لوجود الدخول فى نكاح صحيح وهو الشرط بالنص ومالك رحمه الله يخالفنا فيه والحجة عليه ما بيناه

ابن الزبير بفتح الزاى لاغير وانما معه مثل هدبة الثوب فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال أتريدين أن ترجعى الى رفاعة لا حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك وفى لفظ فى الصحيحين انها كانت تحت رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات وفى لفظ البخارى كذبت والله يا رسول الله انى لانفضها نفض الاديم ولكنها ناشز تريد أن ترجع الى رفاعة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فان كان كذلك لم تحلى له حتى يذوق من عسيلتك قال وكان مع عبد الرحمن ابنان له من غيرها فقال صلى الله عليه وسلم بنوك هؤلاء قال نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا وأنت تزعمين ما تزعمين فوالله لهم أشبه به من الغراب بالغراب وهو فى الموطا هكذا أنبأنا مالك عن المسور بن مخرمة بن رفاعة القرظى عن الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير ان رفاعة بن سموال طلق امرأته تميمة بنت وهب ثلاثا فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فنكحها عبد الله بن الزبير فلم يستطع أن يمسها ففارقها فأراد رفاعة أن ينكحها فنهاه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لا تحل لك حتى تذوق العسيلة ووقع فى معجم الطبرانى عكس ما فى الصحيح عن عائشة رضى الله عنها كانت امرأة من قريظة يقال لها تميمة بنت وهب تحت عبد الرحمن ابن الزبير فطلقها فتزوجها رفاعة رجل من بنى قريظة ثم فارقها الحديث وفيه فقال والله يا تميمة لا ترجعى الى عبد الرحمن حتى يذوق عسيلتك رجل غيره قال لم يروه عن أبى اسحق الا سلمة أبو الفضل (قوله ولا خلاف لاحد فيه) أى من أهل السنة أو المراد الخلاف العالى سوى سعيد بن المسيب فلا يقدح فيه كون بشر المريسى وداود الظاهرى والشيعة قائلين بقوله واستغرب ذلك من سعيد حتى قيل لعل الحديث لم يبلغه (قوله لا ينفذ) لمخالفته الحديث المشهور قال الصدر الشهيد ومن أفتى بهذا القول فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين انتهى وهذا لان شرعية ذلك لاغاظة الزوج حتى لا يسرح فى كثرة الطلاق عومل بما يبغض حين عمل أبغض ما يباح (قوله والشرط الايلاج) بقيد كونه عن قوة نفسه وان كان ملفوفا بخرقة اذا كان يجد لذة حرارة المحل فلو أولج الشيخ الكبير الذى لا يقدر على الجماع لا بقوته بل بمساعدة اليد لا يحلها الا ان انتعش وعمل والصغير الذى لا يجامع مثله أولى لانه لا يجد لذة أصلا بخلاف من فى آلته فتور وأولجها فيها حتى التقى الختانان فانها تحل به وخرج المجبوب الذى لم يبق له شئ يولج فى محل الحل أى فى محل الختان فلا يحل بسحقه حتى تحبل وفى المبسوط فى رواية أبى حفص ان كان المجبوب لا ينزل لا يحل ولا يثبت نسب الولد منه لانه اذا جف ماؤه صار كالصبى أو دونه ودخل الخصى الذى مثله يجامع فيحلها وفى التجريد لو كان مجبوبا لم يحل فان حبلت وولدت حلت للاول عند أبى يوسف خلافا لمحمد وفى الخلاصة لو كان مسلولا وجامعها حلت عند أبى يوسف خلافا لزفر والحسن ويشترط كونه فى المحل بيقين حتى لو جامعها وهى مفضاة لا تحل ما لم تحبل ولو تزوج صغيرة لا يوطأ مثلها طلقها زوجها ثلاثا فوطئها هذا الزوج فأفضاها لا يحلها وان كان يوطأ مثلها حلت وان أفضاها (قوله دون الانزال) خلافا للحسن البصرى لا تحل عنده حتى ينزل الثانى حملا للعسيلة عليه ومنع بأنها تصدق معه ومع الايلاج وانما هو كمال وفى مسند أحمد انه صلى الله عليه وسلم قال العسيلة هى الجماع انتهى فحيث صدق مسمى الجماع تثبت فيه الا ان فى سنده ابن عبد الملك المكى مجهول (قوله وهو الشرط بالنص) فيه نظر اذ لو كان هو الشرط ليس غيره حلت بدخول الصغير الذى لا يجامع مثله لكنها لا تحل به لانه صلى الله عليه وسلم شرط العسيلة من الجانبين فلا بد من كون الزوج ممن يلتذ أيضا وسواء كان حرا أو عبدا

(ولا خلاف لاحد فيه) أى فى اشتراط الدخول سوى سعيد بن المسيب وقيل هو قول بشر المريسى وقوله (غير معتبر) لانه مخالف الحديث المشهور ولهذا (اذا قضى القاضى به) أى بقول سعيد بن المسيب (لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لان الانزال كمال ومبالغة فيه) أى فى الدخول والكمال قيد لا يثبت إلا بدليل ولا دليل عليه بل لدليل يدل على عدمه لانه ذكر العسيلة وهى تصغير العسلة وهى كناية عن اصابة حلاوة الجماع وهى تحصل بالايلاج وكان التصغير دالا على عدم التشبع بالانزال (ومالك يخالفنا فيه) أى فى اشتراط الايلاج دون الانزال ويشترط الانزال وهو إنما يتحقق من البالغ فلا يكون الصبى المراهق كالبالغ فى افادة التحليل (والحجة عليه ما بيناه) ان الانزال كمال ومبالغة فيه وهو قيد لا دليل عليه

وفسره في الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع امرأته وجب عليها الغسل وأحلها على الزوج الاول ومعنى هذا الكلام أن تتحرك آلته ويشتهي وانما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين وهو سبب لنزول مائها والحاجة الى الايجاب في حقها أما لاغسل على الصبي وان كان يؤمر به تخلقا قال (ووطء المولى أمته لا يحلها) لان الغاية نكاح الزوج (واذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه) لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له وهذا هو محمله (فان طلقها بعد ما وطئها حلت للاول) لوجود الدخول في نكاح صحيح اذ النكاح لا يبطل بالشرط وعن أبي يوسف انه يفسد النكاح

تزوج باذن المولى لا بغير اذنه عاقلا أو مجنونا اذا كان يجامع مثله مسلما أو ذميا في الذمية حتى يحلها لزوجها المسلم ولو تزوجت عبدا بغير اذن سيده فدخل بها ثم أجاز السيد النكاح فلم يطأها بعد ذلك حتى طلقها لا تحل للاول حتى يطأها بعد الاجازة وتحل بوطء الزوج في الحيض والنفاس والاحرام وان كان حراما رجل طلق زوجته فاشترى عبدا صغيرا له عشر سنين فزوجه من مطلقته فجامعها ثم ملكها اياه فقبلت انفسخ النكاح وحلت للزوج (قوله وفسره) أي فسر الصبي المراهق في الجامع فقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع وفي المنافع المراهق الداني من البلوغ وقيل الذي تتحرك آلته ويشتهي الجماع وفي فوائد شمس الائمة انه مقدر بعشر سنين ولا تنس ما أسلفناه في باب الاولياء والاكفاء من اشتراط كون الزوج كفأ على رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله اذا كانت زوجت نفسها منه وهو قول أبي يوسف وهو المختار للفتوى في زماننا وعلى هذا لو زوجت الحرة نفسها عبدا لا تحل للاول بدخوله (قوله ووطء المولى لا يحلها) لزوجها لما قدمناه من ان غاية الحرمة نكاح الزوج وليس المولى زوجا (قوله بشرط التحليل) أي بأن يقول تزوجتك على أن أحللك له أو تقول هي ذلك فهو مكروه كراهة التحريم المنتهضة سببا للعقاب لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له أما لو نوياه ولم يقولاه فلا عبرة به ويكون الرجل مأجورا لقصده الاصلاح والحديث المذكور روي من حديث ابن مسعود وعلي وجابر وعقبة بن عامر وأبي هريرة وابن عباس رضي الله عنهم أجمعين والتخريج عن بعضهم يكفينا فعن ابن مسعود رواه الترمذي والنسائي من غير وجه قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل والمحلل له وصححه الترمذي وحديث عقبة هكذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا أخبركم بالتيس المستعار قالوا بلى يا رسول الله قال هو المحلل لعن الله المحلل والمحلل له رواه ابن ماجه قال عبد الحق اسناده حسن وقال الترمذي في علله الكبرى عن الليث بن سعد ما أراه سمع من مشرح ابن عاهان ولا روى عنه ودفع بأن قوله في الاسناد قال لي أبو مصعب مشرح يرد ذلك ورواه الدارقطني معنعنا عن أبي صالح كاتب الليث عن الليث به ولذلك حسنه عبد الحق فانه رواه من جهة الدارقطني والا فالحديث صحيح عند ابن ماجه لان شيخ ابن ماجه يحيى بن عثمان ذكره ابن يونس في تاريخ المصريين وأثنى عليه بعلم وضبط وأبو عثمان بن صالح المصري ثقة أخرج له البخاري ومشرح وثقه ابن القطان ونقل عن ابن معين أنه ثقة والعلة التي ذكرها ابن أبي حاتم لم يعرج عليها ابن القطان ولا غيره قال الزيلعي في التخريج المصنف استدل بهذا الحديث على كراهة النكاح المشروط به التحليل وظاهره التحريم كما هو مذهب أحمد لكن يقال لما سماه محللا دل على صحة النكاح لان المحلل هو المثبت للحل فلو كان فاسدا لما سماه محللا انتهى وظاهره انه اعتراض ثم جوابه أما الاعتراض فنشؤه عدم معرفة اصطلاح أصحابنا وذلك انهم لا يطلقون اسم الحرام الا على منع ثبت بقطعي فاذا ثبت بظني سموه مكروها وهو مع ذلك سبب للعقاب وأما الجواب فكلامه فيه يقتضي تلازم الحرمة والفساد وليس كذلك وقد يحكم بالصحة مع لزوم الاثم في العبادات فضلا عن غيرها خصوصا على ما يعطي كلامه من تسمية المنع الثابت بظني حراما (قوله وهذا) أي المحلل الشارط هو محمل الحديث لان

وقوله (فسره) أي المراهق (في الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ الخ) وهو ظاهر قال (ووطء المولى أمته لا يحلها) اذا طلق امرأة ثنتين وهي أمة الغير فوطئها المولى بعد انقضاء العدة لم تحل للزوج الاول لان غاية الحرمة نكاح الزوج والمولى لا يسمى زوجا قال في شرح الاقطع روي ان عثمان سئل عن ذلك وعنده علي وزيد بن ثابت فرخص في ذلك عثمان وزيد وقالا هو زوج فقام علي مغضبا كارها لما قالا وقال ليس بزوج (ولو تزوجها بشرط التحليل) بان قال تزوجتك على ان أحللك أو قالت المرأة ذلك (فالنكاح مكروه لقوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له) فان محمله اشتراط التحليل في العقد كما ذكرنا اذ لو أضمر ذلك في قلبه لم يستحق اللعن وقيل معنى قوله هو محمله الكراهة محمل الحديث لا افساده (فان طلقها) يعني الذي شرط التحليل (بعد ما وطئها حلت للاول لوجود الدخول في نكاح صحيح اذ النكاح لا يبطل بالشرط وعن أبي يوسف انه يفسد النكاح

لانه فى معنى الموقت فيه ولا يحلها على الاول لفساده وعن محمد انه يصح النكاح لما بينا ولا يحلها على الاول لانه استعجل ما أخره الشرع فيجازى بمنع مقصوده كما فى قتل المورث (واذا طلق الحرة تطليقة أو تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت إلى الزوج الاول عادت بثلاث تطليقات ويهدم الزوج الثانى مادون الثلاث كما يهدم الثلاث وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله

عمومه وهو المحلل مطلقا غير مراد اجماعا والاشمل المتزوج تزويج رغبة (قوله لانه فى معنى الموقت) والموقت فى معنى المتعة أوهو المتعة على ما حققناه فيفسد فلا يحلها وتسميته محللا لا يستلزم الحل بل لجواز كونه باعتبار كونه شارطا أو طالبا للتحليل ولانه ملعون وعقد النكاح نعمة ولو كان صحيحا لم يلعن عليه ويؤيده ما فى مستدرك الحاكم جاء رجل إلى ابن عمر فسأله عن رجل طلق امرأته ثلاثا فتزوجها أخ له ليحلها لاخيه هل تحل للاول قال لا الا نكاح رغبة كنا نعد هذا سفاحا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وصححه قلنا كونه فى معنى الموقت ممنوع اذ تعيين نهايته الوطء لا يستلزم تعيين وقته لان الوطء قد يكون فى ليلة الخلوة أو بعد جمعة أو شهر فلا توقيت صريحا ولا معنى وحقيقة المحلل مثبت الحل لا من قام به مجرد طلبه واللعنة على مباشرته من الوجه الممنوع وقول ابن عمر لم يرفعه حتى يعارض هذا الحديث وقوله كنا نعده سفاحا لا يستلزم انهم كانوا لا يحكمون بحلها للاول لصدقه مع ثبوت الحرمة (قوله لانه استعجل) حاصله ان المفسد وهو التوقيت منتف لانه ليس بتوقيت والغرض وهو حلها له يتخلف لانه استعجله بطريق محظور كقاتل المورث الا ان هذا القياس معارض بالنص وهو قوله تعالى فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فالحل كان ثابتا ثم اعترض عدمه مغيا بنكاح زوج غيره فعند وجود الغاية ينتهى المنع المغيا فيثبت ما كان ثابتا البتة فحيث حكم بصحة النكاح مع الدخول لزم الحل للاول البتة ومن الحيل إذا خافت ان لا يطلقها المحلل ان تقول زوجتك نفسى على ان أمرى بيدى أطلق نفسى كلما أريد فاذا قبل على هذا جاز النكاح وصار الامر بيدها وهذا بناء على ما عليه العامة ان شرط التحليل يبطل ويصح النكاح وذهب بعضهم إلى انه يصح الشرط أيضا حتى لو امتنع المحلل من الطلاق يجبر عليه ونقل عن أبى حنيفة رحمه الله فى روضة الزندويستى ذلك وهذا مما لم يعرف فى ظاهر الرواية ولا ينبغى أن يعول عليه ولا يحكم به لانه بعد كونه ضعيف الثبوت تنبو عنه قواعد المذهب لانه لا شك انه شرط فى النكاح لا يقتضيه العقد والعقود فى مثله على قسمين منها ما يفسد العقد كالبيع ونحوه ومنها ما يبطل فيه الشرط ويصح الاصل ولا شك ان النكاح مما لا يبطل بالشروط الفاسدة بل يبطل الشرط ويصح هو فيجب بطلان هذا وان لا يجبر على الطلاق نعم يكره الشرط كما تقدم من محمل الحديث ويبقى ماوراءه وهو قصد التحليل بلا كراهة وما أورده السروجى من ان الثابت عادة كالثابت نصا فى غير محل كلامهم لانه لا يلزم من قصد الزوج ذلك ان يكون معاهودا معروفا بين الناس متداول انما ذلك فيمن نصب نفسه لذلك وصار مشهورا به وهنا قول آخر وهو انه مأجور وان شرط لقصد الاصلاح وتأويل اللعن عند هؤلاء إذا شرط الاجر على ذلك هذا ولولا ما ذكرنا من قول ابن عمر كنا نعده سفاحا فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم جوابا لمن سأل عن واقعة حال مفردة لشخص لامكن ان يقال ان مقتضى اللفظ ان تعلق اللعن به إذا كثر منه ذلك بأن نصب نفسه لهذا الامر شرط أولا لان المحلل من فعل بتشديد العين وهو التكثير فى فعل الفاعل أو المفعول فلو أراد تعليق اللعن به بمرة إذا شرط لقال المحل من أحلها بهمزة التعدية لكن حديث ابن عمر يصرف عن هذا فيكون من نحو قطعت اللحم وان لم يكن فيه تكثير (قوله ويهدم الزوج الثانى الطلقة والطلقتين) يعنى إذا كان دخل بها ولو لم يدخل لا يهدم بالاتفاق وتقييده فى صورة المسئلة بالحرة لوضعها فى هدم الطلقة والطلقتين ولا يتحقق فى الامة

لانه فى معنى الموقت) كأنه قال تزوجتك إلى وقت كذا (ولا يحلها على الزوج الاول لفساده) فان من شروط التحليل صحة النكاح كما تقدم (وعن محمد انه يصح النكاح لما بينا) ان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة (ولا يحلها على الاول لانه استعجل ما أخره الشرع) لان النكاح عقد العمر فيقتضى الحل على الاول بعد موت الثانى فبشرط التحليل يصير مستعجلا للحل (فيجازى بمنع مقصوده كما فى قتل المورث) وذكر فى روضة الزندويستى ان أبا حنيفة قال النكاح جائز والشرط جائز حتى إذا لم يطلقها الثانى بعد وطئه اياها يجبره القاضى على ذلك وتحل للزوج الاول اذا طلقها الثانى برأيه أو بأمر القاضى اياه قال الامام ظهير الدين هذا البيان لم يوجد فى غيره من الكتب (واذا طلق امرأته الحرة تطليقة أو تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الزوج الاول عادت بثلاث تطليقات ويهدم الزوج الثانى التطليقة والتطليقتين كما يهدم الثلاث) يعنى انه يجعل ذلك الباقى من الملك الاول كان لم يكن ولا تحرم الحرمة الغليظة الا اذا طلقها ثلاثا جمعا أو فرادى (عند أبى حنيفة وأبى يوسف) وهو مذهب ابن مسعود وابن عباس وابن عمر

(قوله لان النكاح عقد العمر فيقتضى الحل للاول بعد موت الثانى) أقول وفيه شئ

وقال محمد رحمه الله لا يهدم مادون الثلاث) لانه غاية للحرمة بالنص فيكون منهيا ولا انهاء للحرمة قبل الثبوت ولهما قوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له

الاهدم طلقة واحدة لا لانه لا هدم في الامة أصلا (قوله وقال محمد لا يهدم) والمسئلة مختلفة بين الصحابة فروى محمد عن أبي حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن سعيد بن جبير قال كنت جالسا عند عبد الله بن عتبة بن مسعود إذ جاءه اعرابي فسأله عن رجل طلق امرأته تطليقة أو تطليقتين ثم انقضت عدتها فتزوجت زوجا غيره فدخل بها ثم مات عنها أو طلقها ثم انقضت عدتها وأراد الاول ان يتزوجها على كم هي عنده فالتفت الى ابن عباس وقال ما تقول في هذا قال يهدم الزوج الثاني الواحدة والثنتين والثلاث واسأل ابن عمر قال فلقيت ابن عمر فقال مثل ما قال ابن عباس وروى البيهقي من طريق الشافعي بسنده عن عمر في نحوه قال هي عنده على ما بقي ونحوه عن علي ونقل عن أبي بن كعب وعمران ابن الحصين فأخذ المشايخ من الفقهاء بقول شبان الصحابة وشبان الفقهاء بقول مشايخ الصحابة والترجيح بالوجه (قوله لانه غاية للحرمة) أي لان الزوج غاية للحرمة الثابتة بقوله تعالى فلا تحل له أي مطلقا الا بنكاح ولا بملك يمين حتى تنكح زوجا غيره فيكون أي الزوج منهيا للحرمة ولا انهاء للحرمة قبل الثبوت أي ثبوتها فاللام بدل الاضافة ولا ثبوت لها الا بعد الثلاث فلا يكون منهيا قبلها فصار كما لو تزوجها قبل التزوج أو قبل اصابة الزوج الثاني حيث تعود بما بقي من التطليقات قلنا قد عملنا بالنص وجعلناه منهيا للحرمة في صورة الحرمة الغليظة لكن ثبت له وصف آخر بنص آخر وهو اثبات الحل مطلقا فقلنا به وتركتم أنتم العمل به وهو الحديث المذكور آنفا وجه الاستدلال انه سماه محللا وحقيقته مثبت الحل كالمحرم والمسود والمبيض وغيرها مثبت الحرمة والسواد ونحو ذلك فان قلت تقدم آنفا أن محمل الحديث الشارط للحل للعلم قطعا انه من حيث هو مثبت للحل ليس متعلق اللعنة والا لتعلقت بالمتزوج تزويج رغبة فلابد من كون متعلق اللعنة على ما قالوا شارط الحل فلا يكون فيه دليل على انه مثبت للحل الجديد شرعا لانه لم يرد بالمحلل مثبت الحل بل شارطه قيل لاشك ان الزوج يثبت به الحل وهو المراد من مثبت الحل فالمعنى حينئذ لعن الله مثبت الحل إذا شرط الحل فلا يكون شارط الحل مرادا بلفظ من التركيب المذكور بل كله مضمر ففيه حينئذ دليل على ان الزوج مثبت الحل وتعليق اللعنة به إذا شرطه وبه يندفع ما قدمناه ويظهر ان المراد من قول المصنف فيما تقدم وهو محمل الحديث ان محمل لعنة المحلل إذا شرطه لان المراد بالمحلل في لفظ الحديث هو الشارط للحل لما بينا من انه لابد من كونه مثبتا له نعم يرد عليه ما قيل انه لما جعل محللا في صورة الحرمة الغليظة فلا يلزم ثبوته في غيرها وأجيب بأنه يثبته فيها بدلالته لانه لما كان محللا في الغليظة ففي الخفيفة أولى وأيضا بالقياس عليه في صورة الحرمة الغليظة بجامع كونه زوجا لان صورة الحرمة الغليظة محل والمحل لا يدخل في التعليل لانه لو دخل لانسد باب القياس لان محل الاصل غير محل الفرع وأورد عليه ان ذلك حيث يمكن ولا يمكن هنا لان الحل ثابت فيه وتحصيل الحاصل محال أجيب ان لم يقبل المحل أصل الحل يقبل ثبوت وصف الكمال فيه بأن يصير بحيث يملك تجديده بعد الطلقة والطلقتين وما صلح سببا لاصل الشئ صلح سببا لوصفه بالطريق الاولى وفيه نظر اذ غاية ما تحقق من الشارع تسميته محللا ومفهومه لا يزيد على انه مثبت لمجرد الحل وهو حاصل في المتنازع فيه وكون الحل على الوجه المذكور ليس من مفهومه وثبوته كذلك في صورة الحرمة الغليظة ليس منه بل باتفاق الحال وهو انه محل ابتدأ فيه الحل لاستيفاء الزوج ماله من الطلقات قبله وحيث ابتدأ ثبوت الحل كان ثلاثا شرعا فظهر ان القول ما قاله محمد وباقي الائمة الثلاثة ولقد صدق قول صاحب الاسرار ومسئلة يخالف فيها كبار الصحابة يعوز فقهها ويصعب الخروج منها وقد يستدل

(وقال محمد) وزفر والشافعي (لا يهدم) ويبقى الزوج مالكا بما بقي من الاول وتحرم الحرمة الغليظة اذا انتهى ذلك وهو قول عمر وعلي وأبي بن كعب وعمران ابن حصين وأبي هريرة فأخذ الشبان من الفقهاء بقول المشايخ من الصحابة والمشايخ من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة استدل محمد بأن الزوج الثاني غاية للحرمة بالنص قال الله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره على ما تقدم وكل ما كان غاية للحرمة فهو منه لها لان المغيا ينتهي بالغاية فيكون الزوج الثاني منهيا للحرمة ولا انتهاء للحرمة قبل ثبوتها وليست بثابتة قبل وقوع الثلاث (ولهما قوله عليه الصلاة والسلام لعن الله المحلل والمحلل له) ووجه الاستدلال ان أهل الحديث أوردوه في باب ما جاء في الزوج الثاني وكان المراد بالمحلل الزوج الثاني

(سماه محللا وهو المثبت للحل) ثم الحل الذي يثبت به اما ان يكون الحل السابق أو حلا جديدا لاسبيل الى الاول لاستلزامه تحصيل الحاصل فتعين الثاني وبالضرورة يكون غير الاول والاول حل ناقص وكان الجديد كاملا وهو ما يكون

سماه محللا وهو المثبت للحل (واذا طلقها ثلاثا فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج أن يصدقها اذا كان في غالب ظنه أنها صادقة) لانه معاملة أو أمر ديني لتعلق الحل به وقول الواحد فيهما مقبول وهو غير مستنكر اذا كانت المدة تحتمله

على المطلوب بحديث العسيلة حيث قال صلى الله عليه وسلم أتريدين أن تعودي الى رفاعة قالت نعم قال لا حتى تذوقي عسيلته فغيا عدم العود بالذوق فعنده ينتهي عدمه ويثبت هو والعود هو الرجوع الى الحالة الاولى وهي ما يملك فيها الزوج ثلاث تطليقات وليس بشئ لصدق حقيقته قبل الزوج الثاني لو قال بعد الطلقة والطلقتين بلا تحلل زوج أتريدين أن تعودي الى فلان صدق حقيقته وان كان العود لا الى ما يملك به ثلاثا فالحاصل ان العود الى عين الحالة الاولى محال فالمراد العود إلى شبهها وذلك يصدق بمجرد ملك النكاح والحل لانتفاء اشتراط عموم وجه التشبيه (قوله فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي) في النهاية انما ذكر اخبارها هكذا مبسوطا لانها لو قالت حللت لك فتزوجها ثم قالت لم يكن الثاني دخل بي ان كانت عالمة بشرائط الحل لم تصدق والا تصدق وفيما ذكرته مبسوطا لا تصدق في كل حال وعن السرخسي لا يحل له أن يتزوجها حتى يستفسرها للاختلاف بين الناس في حلها بمجرد العقد وفي التتارخانية لو تزوجها ولم يسألها ثم قالت ما تزوجت أو ما دخل بي صدقت اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها واستشكل بان اقدامها على النكاح اعتراف منها بصحته فكانت متناقضة فينبغي أن لا يقبل منها كما لو قالت بعد التزوج بها كنت مجوسية أو مرتدة أو معتدة أو منكوحة الغير أو محرما او كان العقد بغير شهود ذكره في الجامع الكبير وغيره بخلاف قولها لم تنقض عدتي ولو قال الزوج لها ذلك وكذبته تقع الفرقة كأنه طلقها ولذا يجب عليه نصف المهر المسمى أو كماله ان دخل بها انتهى من قائله ثم رأيت في الخلاصة ما يوافق الاشكال المذكور قال في الفتاوى في باب الباء لو قالت بعد ما تزوجها الاول ما تزوجت بآخر وقال الزوج الاول تزوجت بزوج آخر ودخل بك لا تصدق المرأة انتهى ولو قال الزوج الثاني النكاح وقع فاسدا لاني جامعت أمها ان صدقته المرأة لا تحل للزوج الاول وان كذبته تحل كذا أجاب القاضي الامام ولو قالت دخل بي الثاني والثاني منكر فالمعتبر قولها وكذا على العكس وفي النهاية ولم يعرج على لو قال المحلل بعد الدخول كنت حلفت بطلاقها ان تزوجتها هل تحل للاول قلت يبني الامر على غالب ظنها ان كان صادقا عندها فلا تحل له وان كان كاذبا تحل وعن الفضلي لو قالت تزوجني فاني تزوجت غيرك فطلقني وانقضت عدتي فتزوجها ثم قالت ما تزوجت صدقت الا أن تكون أقرت بدخول الثاني كأنه والله أعلم يحمل قولها تزوجت على العقد وقولها ما تزوجت على معنى ما دخل بي لا على انكار ما اعترفت به ولذا قال الا أن تكون أقرت بدخول الثاني فانه لم يقبل قولها فانها حينئذ تكون مناقضة صريحة وسئل نجم الدين النسفي عن رجل حلف بالطلاق الثلاث وظن أنه لم يحنث فأفتت المرأة بوقوع الثلاث وخافت ان أعلمته بذلك أن ينكر هل لها أن تستحل بعد ما يفارقها بسفر وتأمره اذا حضر بتجديد العقد قال نعم ديانة (قوله لانها معاملة) أنث الضمير وان كان مرجعه وهو النكاح مذكرا لتأنيث خبره وفي غير نسخة لانه على الاصل (وقول الواحد فيهما مقبول) كالوكالات والمضاربات والاذن في التجارات ولذا يقبل قول الاماء والعبيد في الهدية (قوله وهو غير مستنكر اذا كانت المدة تحتمله) أفاد أن تصديقها اذا

بالطلقات الثلاث فان قيل سلمنا ان المحلل هو المثبت للحل وان يكون ذلك حلا جديدا لكنه يقتضي ان يكون ذلك في المطلقة ثلاثا لامرين أحدهما ما ذكره المصنف ان محلله هو شرط التحليل وذلك لا يكون الا في المطلقة ثلاثا والثاني ان الحل قبل ذلك ثابت فيصرف الى ما ليس بثابت عملا بالحقيقة فالجواب انا قد ذكرنا القول وهو محلله معنيين أحدهما ما ذكرت وليس بمرضي والثاني ان محلله الكراهة لا الفساد وحينئذ يندفع الامر الاول فان الحل وان كان قبل ذلك ثابت لكن اطلاق المحلل يقتضي ان يكون الزوج الثاني على الاطلاق محللا فصرفه الى بعض الصور تقييد بلا دليل والثابت به غير الثابت قبل على ما ذكرناه فكانت المطلقة ثلاثا وغيرها سواء وبه يندفع الامر الثاني (واذا طلقها ثلاثا فقالت قد انقضت عدتي) على ما ذكره في الكتاب ظاهر

(قوله فالجواب انا قد ذكرنا القول وهو محلله الخ) أقول وكان يمكن له ان يجيب بأن شرط الحل وقع متمش في غير المطلقة ثلاثا فانا نقول يثبت بالزوج الثاني الحل الجديد للزوج الاول فيملكها بثلاث تطليقات (قوله وحينئذ يندفع الامر الاول) أقول فيه بحث

وقوله (واختلفوا في أدنى هذه المدة) قال أبو حنيفة لا تصدق في أقل من ستين يوما وقال أبو يوسف ومحمد تصدق في تسعة وثلاثين يوما وتخريج قولهما انه يجعل كأنه طلقها في آخر جزء من أجزاء الطهر وحيضها أقل الحيض ثلاثة وطهرها أقل الطهر خمسة عشر يوما فالثلاث لانه اذا كانت ثلاث مرات كانت تسعة والطهران ثلاثون

يوما فلذلك صدقت في تسعة وثلاثين يوما لانها أمينة أخبرت عما هو محتمل فوجب قبول قولها وأما تخريج قول أبي حنيفة فيجعل كأنه طلقها في أول الطهر تحرزا عن ايقاع الطلاق في الطهر بعد الجماع وطهرها خمسة عشر يوما لانه لا غاية لاكثر الطهر فقدرناه بأقله وحيضها خمسة لان من النادر أن يكون حيضها أقل الحيض أو عشرة الى أكثر الحيض فيعتبر الوسط من ذلك وهو خمسة فثلاثة اطهار كل طهر خمسة عشر فيكون خمسة وأربعين وثلاث حيض كل حيض خمسة يكون خمسة عشر يوما فذلك ستون يوما وهذا على ما ذكره محمد وأما على رواية الحسن عنه فيجعل كأنه طلقها في آخر الطهر لان التحرز عن تطويل العدة واجب وايقاع الطلاق في آخر الطهر أقرب الى التحرز عن تطويل العدة ثم حيضها عشرة لانا لما قدرنا طهرها بأقل المدة نظرا لها يقدر حيضها بأكثر المدة نظرا للزوج وثلاث حيض كل حيضة عشرة ثلاثون

واختلفوا في أدنى هذه المدة وسنبينها في باب العدة

وقع في قلبه صدقها مشروط باحتمال المدة ذلك (قوله وسنبينها في العدة) قال في النهاية وقعت هذه الحوالة غير رائجة لانه لم يذكرها في العدة ولا في غيرها وأجاب بعضهم بانه لم يقل في العدة من هذا الكتاب فيمكن أن يكون أراد في عدة غير هذا الكتاب ومثل هذا مما يقضي العجب من تسطيره في الاوراق ممن هو من أهل العلم ولا توفيق الا بالله واذا لم يعرف بيانها في الكتاب تعين تعيينها في الشرح وذكر نبذة من الخلاف اختلاف العلماء في أقل ما تصدق اذا ادعت انقضاء العدة بالاقراء فقال أبو حنيفة لا تصدق في أقل من ستين يوما ان كانت حرة وقالا أقلها تسعة وثلاثون يوما وقال شريح لو ادعت ثلاث حيض في شهر وجاءت بالبينة من النساء العدول من بطانة أهلها انها رأت الحيض وتغتسل عند كل قرء وتصلي فقد انقضت عدتها قال له علي رضي الله عنه قالون ومعناه بالرومية احسنت ومذهب الشافعي رحمه الله انها اثنان وثلاثون ولحظتان ان وقع الطلاق في الطهر وسبعة وأربعون يوما ولحظة ان وقع في الحيض وقال أبو ثور سبعة وأربعون وقال مالك في الجواهر أربعون وقال اسحق بن راهويه وأبو عبيد ان كان لها اقراء معلومة تعرفها بطانة أهلها تصدق على ما يشهد به والا لا تصدق في أقل من ثلاثة أشهر وقالت الحنابلة تسعة وعشرون يوما ان قلنا أقل الطهر ثلاثة عشر وان قلنا خمسة عشر تزداد أربعة أيام فيصير ثلاثة وثلاثين وما أحسن قول اسحق وأبي عبيد وهذا لان العادة ان الشهر الواحد لا يشتمل على أكثر من حيضة واحدة وطهر فتكذبها العادة اذا أخبرت بما دونه والمكذب عادة كالمكذب حقيقة ألا ترى ان الوصي اذا قال أنفقت عليه مائة في يوم لا يصدق وان احتمل صدقه بان تكرر هلاك المشترى في اليوم أولا يرى ان الله سبحانه وتعالى لما أقام الزمان مقام الاقراء في الآيسة والصغيرة قدر العدة بثلاثة أشهر فقال تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر بخلاف ما اذا أشهد بما دون العادة فانه حينئذ يثبت ان هذا من النادر وهذا هو المذكور في وجه قول أبي حنيفة رأيت ان قول اسحق ومن معه أولى به فان لم يؤخذ به فهذا ينبغي ان لا يعدل عن قول أبي حنيفة وتخريجه على قول محمد ان يجعل مطلقا في أول الطهر تفاديا من الطلاق عقيب الجماع فيحتاج الى ثلاثة اطهار بخمسة وأربعين يوما كل طهر بخمسة عشر وثلاث حيض بخمسة عشر كل حيضة بخمسة أخذا بالوسط فيه وعلى قول الحسن بن زياد ان يجعل مطلقا في آخر الطهر تفاديا من تطويل العدة فيحتاج الى ثلاث حيض بثلاثين يوما اعتبارا للاكثر وطهرين بثلاثين يوما ثم يحتاج الى مثلها في حق الزوج الثاني وزيادة طهر خمسة عشر يوما وعلى هذا لو كانت أمة فأقل ما تصدق فيه خمسة وثلاثون يوما طهر بخمسة عشر وهو الفاصل بين الحيضتين وحيضتان بعشرين وعلى تخريج محمد أقله أربعون يوما الطهر الذي وقع الطلاق في أوله والمتخلل ثلاثون وحيضتان بعشرة وتخريج قولهما أن يجعل مطلقا في آخر الطهر فطهران بثلاثين وثلاث حيض بتسعة اعتبارا لاقله ثم يحتاج الى مثلها في حق الزوج الثاني وزيادة طهر خمسة عشر يوما وعلى هذا لو كانت أمة فأقل ما تصدق فيه احد وعشرون يوما حيضتان بستة وطهر بخمسة عشر يوما ومثله للثاني وزيادة طهر يعني اذا جاءت بعد المدتين للمطلق ثلاثا تريد أن يتزوجها لا يجوز حتى يحتسب مع المدتين

وطهران كل طهر خمسة عشر فذلك ستون يوما وقوله (وسنبينها في باب العدة) قال في النهاية وقعت هذه الحوالة حوالة غير رابحة لانه لم يذكرها في باب العدة ولا في غيره ورد من حيث اللفظ والمعنى أما اللفظ فلان مثل هذا يسمى وعدا لا حوالة فكان ينبغي أن يقول وعد غير منجز وأما المعنى فلانه لم يقل في باب العدة من هذا الكتاب فيجوز أن يكون وعده منجزا في باب العدة من كتاب آخر وأقول الاول ظاهر والثاني خلاف الظاهر والله أعلم

باب الايلاء

طهر آخر في كل تخريج جعل الزوج فيه مطلقا في آخر الطهر لان الزوج الثاني اذا جعل مطلقا في آخره والفرض ان عدة الاول انقضت بأول الطهر لزم ماقلنا ولو كان علق طلاقها الثلاث بالولادة فولدت لم تصدق في أقل من خمسة وثمانين يوما في قوله على تخريج محمد وعلى تخريج الحسن لم تصدق في أقل من مائة يوم احتسابا للنفاس خمسة وعشرين ثم طهر بخمسة عشر ثم ثلاث حيض وطهران بستين وهذا لان المرئي في مدة النفاس لايكون حيضا بل بعده وكون مابعده حيضا موقوف على تقدم طهر تام وهو ماقلناه هذا في حق الزوج الاول ثم يحتاج في الثاني الى ستين على ماسمعت على التخريجين وعند أبي يوسف تصدق في حق الاول في خمسة وستين يوما لان نفاسها يقدر باحد عشر يوما عنده لان مدته أكثر من مدة الحيض فيقدر بأكثر من أكثره بيوم ثم بعده هذا بثلاث حيض وثلاثة اطهار و يحتاج في حق الثاني الى ثلاث وثلاثة أيضا وعند محمد تصدق في أربعة وخمسين يوما وساعة لانه لاغاية لاقل النفاس فاذا قالت كان ساعة صدقت ثم الطهر بعده خمسة عشر ثم ثلاث حيض وطهران و يحتاج في حق الزوج الثاني الى أربعة وخمسين يوما ثلاث حيض وثلاثة أطهار هذا في حق الحرة وأما في حق الامة فتخريجه على المذاهب غير خاف والله الموفق

باب الايلاء

تحريم الزوجة بأربعة طرق الطلاق والايلاء واللعان والظهار فبدأ بالطلاق لانه الاصل والمباح في وقته ثم أولاه الايلاء لانه أقرب اليه في الاباحة لانه من حيث هو يمين مشروع لكن فيه معنى الظلم لمنع حقها في الوطء والتحقيق ان تحريمها ليس الا بالطلاق في الحال أو الى انقضاء العدة غير أن ثبوته بأسباب الاصل والاشهر منها الابتداء به تنجيزا أو تعليقا فقدم ثم أولى الايلاء لانه لايلزمه به المعصية اذ قد يكون برضاها لخوف غيل على ولد وعدم موافقة مزاجها ونحوه فيتفقان عليه لقطع لجاج النفس بخلاف الظهار واللعان فانهما لاينفكان عن المعصية ولهذا قدم عليهما الخلع لانه أيضا لايستلزمها لجواز أن تسأله لا للنشوز بل لقصد التخلي للعبادة أو العجز عن أداء حقوق الزوج والقيام بأموره وانما قدم الايلاء عليه مع اشتراكهما في عدم استلزام المعصية والانفكاك عنها لاختصاصه هو بزيادة تسمية المال فهو منه بمنزلة المركب من المفرد والايلاء لغة اليمين والجمع الالايا قال الشاعر

قليل الالايا حافظ ليمينه * وان بدرت منه الالية برت

وفعله آلى يولي ايلاء كتصريف أعطى وفي الشرع هو اليمين على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعدا بالله أو بتعليق مايستشقه على القربان وهو أولى من قوله في الكنز الحلف على ترك قربانها أربعة أشهر لان مجرد الحلف يتحقق في نحو قوله ان وطئتك فلله على ان أصلي ركعتين أو أغزو ولا يكون بذلك موليا لانه ليس مما يشق في نفسه وان تعلق استقاقه بعارض ذميم في النفس من الجبن والكسل بخلاف ان وطئتك فعلي حج أو صيام أو صدقة فالمولى حينئذ من لايخلو عن أحد المكروهين من الطلاق أو لزوم مايشق عليه وهو أولى من قولهم من لايخلو عن أحد المكروهين من الطلاق أو الكفارة لقصور هذا عن نحو ان قربتك فعبده حر أو فلانة طالق وأما ركنه فهو الحلف المذكور وشرطه محلية المرأة وأهلية الحالف وعدم النقص عن أربعة أشهر والاول بالزوجية والثاني باهلية الطلاق عنده وعندهما بأهلية الكفارة فيصح ايلاء الذمي عنده بما فيه كفارة نحو والله لا أقربك فان قربها

قال في النهاية ذكر في الاسرار في أول كتاب الطلاق منه التحريمات التي تنفذ من الزوج بحكم ملك النكاح أربعة أنواع الطلاق والايلاء واللعان والظهار ثم قال فيبدأ بالطلاق لانه الاصل والمباح للزوج في وقته ثم أدنى درجة منه في الاباحة الايلاء لانه من حيث انه يمين مشروع ولكن فيه معنى الظلم على مايجيء وكان أدنى منه في الاباحة وهو في اللغة عبارة عن اليمين يقال آلى يولي إيلاء اذا حلف وفي الشريعة عبارة عن منع النفس عن قربان المنكوحة أربعة أشهر فصاعدا منعا مؤكدا باليمين وسببه سبب الطلاق الرجعي وهو عدم الموافقة وهما متشابهان في أن الابانة فيهما مؤقتة الى وقت لكن من الناس من يختار الطلاق الرجعي لان التدارك فيه لايستعقب مكروها ومنهم من يختار الايلاء لما ان التدارك فيه غير متضمن نقصان عدد الطلاق بخلاف الطلاق الرجعي وشرطه أن يكون صادرا من أهل الطلاق عند أبي حنيفة أو من أهل وجوب الكفارة عندهما في منكوحته في مدة أربعة أشهر فصاعدا وركنه أن يقول والله لا أقربك أربعة أشهر ونحوه أو يقول ان قربتك فعبدي حر وأمثاله وحكمه لزوم الكفارة بالقربان في الاول ولزوم الجزاء في الثاني ووقوع تطليقة بائنة اذا مضت مدة الايلاء فهو يمين يترتب على الحنث والبر فيه شيء ومن هذا قيل المولى هو من لايخلو عن أحد المكروهين لا تلزمه

(واذا قال الرجل لامرأته والله لا أقربك أو قال والله لا أقربك أربعة أشهر فهو مول) لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر الآية (فان وطئها في الاربعة الاشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة) لان الكفارة موجب الحنث

لا تلزمه كفارة وان مضت المدة بلا قربان بانت بتطليقة ولا يصح عندهما أما لو آلى بما هو قربة كان قربتك فعلي حج أو صلاة أو صوم فلا يصح اتفاقا ولو آلى بما لا يلزم قربة كان قربتك فعبد ي حر ونحوه صح اتفاقا وحكمه لزوم الكفارة أو الجزاء المعلق بتقدير الحنث بالقربان ووقوع طلقة بائنة بتقدير البر وألفاظه صريح وكناية فالصريح نحو لا أقربك لا أجامعك لا أطؤك لا أباضعك لا أغتسل منك من جنابة فلو ادعى انه لم يعن الجماع لم يدين في القضاء والكناية نحو لا أمسك لا آتيك لا أغشاك لا ألمسك لأغيظنك لأسوأنك لا أدخل عليك لا أجمع رأسي ورأسك لا أضاجعك لا أقرب فراشك فلا يكون ايلاء بلا نية ويدين في القضاء وقيل الصريح لفظان لا أجامعك لا أنيكك وهذه كنايات تجري مجرى الصريح والاولى الاول لان الصراحة منوطة بتبادر المعنى لغلبة الاستعمال فيه سواء كان حقيقة أو مجازا لا بالحقيقة والالوجب كون الصريح لفظا واحدا وهو ثاني ما ذكر وفي البدائع الافتضاض في البكر يجري مجرى الصريح والدنو كناية وكذا لا أبيت معك في فراش ويخالفه ما في المنتقى لا أنام معك ايلاء بلا نية وكذا لا يمس فرجي فرجك في الذخيرة وفي جوامع الفقه ما يخالفه قال لا يمس جلدي جلدك لا يصير موليا لانه يمكن أن يلف ذكره بشئ وفي المرغيناني يحنث بمس الفرج دون الجماع فليس بمول قيل فيه بعد وهو حق لان الفرض كون الجماع هو المراد ولذا كان كناية مفتقرة الى النية وهو فرع أن يراد به ذلك ولا يحنث الا بالجماع فيكون موليا وفي التحفة لو قال أنا منك مول فان عنى الخبر كذبا فليس بمول فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر لان هذا ايجاب في الشرع وان عنى به الايجاب فهو مول في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لانه أوجب الايلاء بهذا اللفظ ولو قال أنت علي مثل امرأة فلان وقد كان فلان آلى من امرأته فان نوى الايلاء كان موليا لانه شبهها بها في اليمين وان لم ينو اليمين ولا التحريم لا يكون موليا وللقائل أن يقول الايلاء الحلف الخ وقوله أنت علي مثل امرأة فلان أو أنا مول ليس فيه صيغة حلف انشائية ولا تعليقية لان معنى الحلف قوله والله لا أقربك ونحوه أو ان قربتك وليس قوله أنت مثلها اياه ولا محققا لوجوده لفرض عدم وجوده سابقا ولاحقا الا أن هذا جواب الرواية صرح به الحاكم أبو الفضل في مختصره وفيه لو آلى من امرأته ثم قال لاخرى أشركتك في ايلاء هذه كان باطلا ولو قال ان قربتك فعلي يمين أو كفارة يمين فهو مول والجواب ان قوله أنا منك مول معناه أنا منك حالف ومعلوم ان انعقاد اليمين بقوله احلف فقط كما ينعقد بقوله احلف بالله فينعقد بقوله أنا حالف وكذا التشبيه المذكور يؤول اليه ولو قال لا وطئتك في الدبر أو فيما دون الفرج لم يصر موليا خلافا لمالك رحمه الله ولو قال لا جامعتك الا جماع سوء سئل عن نيته فان قال أردت الوطء في الدبر صار موليا وان قال أردت جماعا ضعيفا لا يزيد على نحو التقاء الختانين فليس بمول وكذا ان لم تكن له نية وان قال أردت دون ذلك فهو مول (قوله ولزمته الكفارة) ليس حكم المولي مطلقا على تقدير الحنث بل حكم هذا المولي المذكور في قوله اذا قال الرجل والله الخ لما ستعرف أن المولي قد لا يكون حكمه الكفارة بذلك التقدير وقال الشافعي رحمه الله في القديم لا كفارة في خصوص هذا الحنث لانه تعالى وعد المغفرة بتقدير الفيء والمراد الجماع لانه في الاصل الرجوع وبالجماع يتحقق الرجوع عن ذلك الترك قال الله تعالى فان فاؤا فان الله غفور رحيم وقوله الجديد كقولنا لان وعد المغفرة بسبب الفيئة التي هي مثل التوبة لا ينافي الزام الكفارة بل ثبت في الشرع انفكاك التلازم بين هذين الحكمين الدنيوي والاخروي أعني المغفرة وسقوط

(واذا قال الرجل لامرأته والله لا أقربك أو قال والله لا أقربك أربعة أشهر فهو مول لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر الآية فان وطئها في الاربعة الاشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة لان الكفارة موجب الحنث) وقال الشافعي لا تلزمه الكفارة لان الله تعالى قال فان فاؤا فان الله غفور رحيم وعد المغفرة والمغفور لا يجب عليه عقوبة قلنا وعد المغفرة في الآخرة وذلك لا ينافي وجوب الكفارة في الدنيا

(قوله واذا قال الرجل لامرأته) أقول أي الغير الحائضة (قوله أو قال والله الخ) أقول يعني لامرأته سواء كانت حائضة او طاهرة (قوله وقال الشافعي) أقول في القديم

(وسقط الايلاء) لان اليمين ترتفع بالحنث (وان لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بتطليقة) وقال الشافعي تبين بتفريق القاضي لانه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح

الكفارة وثبوت أحدهما مع نقيض الآخر مستمر في كل حلف على معصية اذا حنث الحالف فيها توبة فان التوبة تثبت مع عدم سقوط الكفارة فيها الا الاطلاق قوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآية وقال النبي صلى الله عليه وسلم في الصحيح من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه وليأت الذي هو خير وهو قول الاربعة والجمهور وقال الحسن لا كفارة عليه قال قتادة خالف الحسن الناس (قوله وسقط الايلاء) باجماع العلماء على معنى انه لو مضت أربعة أشهر لا يقع طلاق آخر لان اليمين تنحل بالحنث (قوله وقال الشافعي تبين بتفريق القاضي) لم يقل الشافعي تبين بل قال يقع رجعيا سواء طلق الزوج بنفسه أو الحاكم وبه قال مالك وأحمد ورجح بأن الواقع طلاق والطلاق يعقب الرجعة الا الثابت بالنص والجواب منع كلية الكبرى وتقدم وجه دفعه في الكنايات غيرانه يستدعي سببا والسبب هنا انه وقع للتخلص من الظلم والرجعي لا يفيد ذلك لانه بسبيل من أن يردها الى عصمته وبعيد الايلاء فتعين البائن لتملك نفسها وتزول سلطنته عليها جزاء لظلمه مع ورود الآثار في ذلك كما ستقف على انتهائها باثباته ثم الخلاف في موضعين أحدهما ان الفيء عنده يكون قبل مضي المدة ويكون بعدها وعند مضيها يوقف الى أن يفيء أو يطلق لقوله تعالى فان فاؤا والفاء للتعقيب فاقتضى جواز الفيء بعد المدة وعندنا الفيء في المدة لا غير والجواب ان الفاء لتعقيب المعنى في الزمان في عطف المفرد كجاء زيد فعمرو وتدخل الجمل اتفصيل مجمل قبلها وغيره فان كانت للاول نحو فقد سألوا موسى أكبر من ذلك فقالوا أرنا الله جهرة ونادى نوح ربه فقال رب ان ابني من أهلي ونحو توضأ فغسل وجهه ويديه ورجليه ومسح رأسه فلا يفيد ذلك التعقيب بل التعقيب الذكرى بأن ذكر التفصيل بعد الاجمال وان كانت لغيره فكالاول كجاء زيد فقام عمرو وكل من التعقيبين جائز الارادة في الآية المعنوى بالنسبة الى الايلاء فان فاؤا أي بعد الايلاء والذكرى فانه لما ذكر تعالى ان لهم من نسائهم أن يتربصن أربعة أشهر من غير بينونة مع عدم الوطء كان موضع تفصيل الحال في الامرين فقوله تعالى فان فاؤا الى قوله سميع عليم واقع بهذا المعرض فيصح كون المراد فان فاؤا أي رجعوا عما استمروا عليه بالوطء في المدة تعقيبا على الايلاء التعقيب الذكرى أو بعدها تعقيبا على التربص فان الله غفور لما حدث منهم من اليمين على الظلم وعقد القلب على ذلك بسبب الفيئة التي هي توبة أو غفور للحنث في اليمين ان كان برضاها الغرض تحصين ولد عن الغيل ونحوه رحيم بشرع الكفارة كافية عنه فنظرنا فاذا قراءة ابن مسعود فان فاؤا فيهن ترجح أحد الجائزين وهو كون الفيء في المدة اما باعتبار ان الاصل توافق القراءتين شاذتين كانتا أو احداهما شاذة فتنزل تفسيرا المراد بالاخرى واما باعتبار انها تستقل باثبات كونه في المدة اذ لا تعارض القراءة المشهورة لانها أعم من كونه فيها أو بعدها بناء على انها حجة عندنا وان أبى الخصم ورد المختلف الى المختلف يتم اذا أثبت الاصل ولا شك ان القراءة الشاذة انما يقرؤها الراوي خبرا عن صاحب الوحي قرآنا فانتفاء القرآنية لعدم الشرط وهو التواتر انتفاء الاخص فان القرآنية أخص من الخبرية وانتفاء الاخص لا يستلزم انتفاء الاعم فدار الامر بين كونها قرآنا أو خبرا عن صاحب الوحي وذلك دوران بين الحجية على وجه وبينها على وجه آخر لا بين الحجية وعدمها فان قيل حاصل المفاد بها جواز الفيء في المدة ونحن لا ننكر ذلك وانما الكلام في ان له ان يفيء بعدها وتنحل يمينه اذا لم يفئ فيها أولا بل بمجرد مضيها وقع الطلاق فلا يتمكن من الفيء أثبتناه والقراءة المذكورة لا تنفيه قلنا ليس كذلك فانه تعالى جعل حكم الايلاء على هذه القراءة ان يفيء في المدة أو يثبت الطلاق بتطليقه أو تطليق القاضي على الخلاف هذا هو المفاد بقوله تعالى

(وسقط الايلاء) على معنى انه لو مضت أربعة أشهر لا يقع الطلاق (لان اليمين ترتفع بالحنث وان لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بتطليقة) لان معنى الايلاء عندنا ان مضت أربعة أشهر ولم أجامعك فأنت طالق تطليقة بائنة وعند الشافعي لا تقع الفرقة بمضي المدة ولكنه يوقف بعد المدة على ان يفيء اليها أو يفارقها فان أبى أن يفعل (تبين بتفريق القاضي) بينهما وكان التفريق تطليقة بائنة (لانه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح

(كما فى الجب والعنة ولنا انه ظلمها بمنع حقها) وهو الوطء فى المدة (فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضى هذه المدة) تخليصا لها عن ضرر التعليق ولا يحصل التخليص بالرجعى فوقع بائنا (وهو المأثور عن عثمان وعلى والعبادلة الثلاثة وزيد بن ثابت) وهم عند الفقهاء عبدالله بن مسعود وعبدالله بن عباس وعبدالله بن عمر وعند المحدثين هم أربعة ابن عمر وابن عباس وابن الزبير وابن عمرو ولم يذكروا فيهم عبدالله بن مسعود واعترض بان الزوج انما يكون ظالما بمنع حقها اذا لم يكن وطئها مرة وأما اذا وطئها فقد سقط حقها وأجيب بان حقها سقط بالجماع مرة واحدة فى القضاء وأما فى الديانة فلم يسقط وكان الجزاء بزوال النعمة بوقوع الطلاق بمنعه حقها ديانة وفيه نظر لانه يستلزم أن لا يحكم القاضى بوقوعه لانه ليس بظالم عنده بعد الدخول مرة وليس كذلك (ولان الايلاء كان طلاقا فى الجاهلية) على الفور بحيث لا يقربها الشخص بعد الايلاء أبدا (فحكم الشرع بتأجيله الى انقضاء المدة) فلم يتصرف فيه الا بالتأجيل فلا يتوقف على تطليقه أو تفريق القاضى

كما فى الجب والعنة ولنا انه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضى هذه المدة وهو المأثور عن عثمان وعلى والعبادلة الثلاثة وزيد بن ثابت رضوان الله عليهم أجمعين وكفى بهم قدوة ولانه كان طلاقا فى الجاهلية فحكم الشرع بتأجيله الى انقضاء المدة

تعالى فان فاؤا فيهن فكذا وان عزموا الطلاق فكذا على ما عرف من التأويل لان الترديد مأخوذ فى كل قسم منه نقيض الآخر أى وان عزموا الطلاق فلم يفيؤا فيها وهو لازم فانهم لو فاؤا فيهن لم تبق عزيمة الطلاق فلزم بالضرورة أن لا فىء الا فى المدة الثانى ان بمضى المدة تقع الفرقة بينهما طلاقا بائنا وعنده لا يكون الا بطلاقه أو بطلاق القاضى لقوله تعالى وان عزموا الطلاق فلو كان الطلاق يثبت بمجرد مضى المدة لم يتصور العزم عليه ولان النص يشير الى انه مسموع وهو قوله فان الله سميع عليم والوجه الذى ذكره المصنف وحاصله الحاق المولى بالعنين فى حكم هو الزامه بالطلاق فان لم يفعل طلق عليه بجامع أنه امتنع عن الامساك بمعروف فيؤمر بالتسريح باحسان والا كان موقعا من غير ايقاع والجواب قوله لا يتصور العزم عليه لو وقع بمجرد انقضاء المدة ممنوع بل اذا فرض وقوعه عندها كان عزيمة الطلاق عزمه على الاستمرار على الترك حتى يتم فمعنى فان عزموا الطلاق فان استمروا على ذلك الترك حتى تنقضى المدة فان الله سميع بما يقارن هذا الترك والاستمرار من المقاولة والمجادلة وحديث النفس به كما يسمع وسوسة الشيطان عليم بما استمر واعليه من الظلم وفيه معنى الوعيد على ذلك واندرج فى هذا جواب الثانى وعن الاخير بأن العنين ليس بظالم فناسبه التخفيف عليه ولذا كان أجله أكثر والمولى ظالم لم يمنع حقها فيجازى بوقوعه بنفس الانقضاء ولا نسلم انه بلا ايقاع بل الزوج بالايلاء موقع فقد كان فى الجاهلية تنجيزا فجعله الشارع مؤجلا أو نقول جاز ان يحكم بوقوعه عند استمرار ظلمه هذه المدة من غير لفظ الطلاق وهذا لان حقيقة الطلاق انما هى رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح ولفظ أنت طالق الآلة التى يثبت هو عندها شرعا ولم يقصر الشرع ثبوته على اللفظ ألا يرى انه حكم بثبوته عند كتابته على ما تقدم وليست الكتابة لفظا فلا بعد أن يحكم به عند ظلمه بمنعه حقها هذه المدة لا يقال كيف يكون ظالما بذلك وهو بوطئه واحدة لا يطلق عليه القاضى ولا يلزمه بغيرها فهو ليس بظالم لانا نقول ذلك فى الحكم فاما فى الديانة فيما بينه وبين الله تعالى فعليه ان يجامعها أحيانا ليعفها فان أبى كان عاصيا والنصوص من السنة والآثار تفيد ذلك لكن بقى أن يقال هذا كله تجويز لوقوعه كذلك ونقول بجوازه لكن الكلام فيما هو الثابت بمقتضى دلالة الدليل وهو ما قلنا فان الآية وان صح فيها كون العزم على الطلاق بالمعنى الذى قلتم لكن الظاهر منها ما قلنا والجواب ان قراءة ابن مسعود لما أفادت ان لا فىء بعد المدة لزم انتفاء قولكم من الزامكم بأحد الامرين من الفىء أو الطلاق فثبت ان المراد بها ما قلنا والا لزم احداث قول ثالث وهو الزامه بعد المدة بأمر واحد وهو الطلاق وهذا التقرير هو محمل استدلال المصنف حيث قال ولنا انه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضى هذه المدة والا فظاهره انه مصادرة لانه استدلال بعين محل النزاع كأنه قال فجازاه بذلك بالنص وتقريره ان القراءة مفسرة بكون الفىء فى المدة بقراءة أخرى الى آخر

(قوله وأجيب بان حقها سقط بالجماع الخ) أقول والظاهر ان لها حقا فى الجماع فى كل أربعة أشهر مرة لا أقل يؤيده قصة عمر رضى الله عنه حين سمع من تلك المرأة ما سمع فسأل حفصة رضى الله عنها كم تصبر المرأة عن زوجها الخ على ما فصل فى الغاية (قوله وفيه نظر لانه يستلزم ان لا يحكم القاضى بوقوعه) أقول كيف لا يحكم وقد وقع الطلاق بلفظه السابق حين آلى لمنع حقها ديانة فان الطلاق لا يختص بالديانة غايته انه يترتب على ما يتعلق بها نعم يرد على الشافعى لان المفرق عنده هو القاضى فليتأمل والتفصيل فى شرح الزيلعى وغيره ويفهم ذلك من قول الشارح أيضا الان معنى الايلاء عندنا الخ تأمل (قوله فلم يتصرف فيه الا بالتأجيل فلا يتوقف على تطليقه او تفريق القاضى) أقول وفيه تأمل

ماذكرنا واحتج أيضا بآثار وهي ما روى الدارقطني قال حدثنا أبو بكر الميموني قال ذكرت لاحمد بن حنبل حديث عطاء الخراساني عن عثمان يعني به ما سنذكره مما يوافق مذهبنا قال لا أدري ما هو وقد روى عن عثمان خلافه قيل له من رواه قال حبيب بن أبي ثابت عن طاوس عن عثمان وما روى مالك في الموطا عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه انه كان يقول اذا آلى الرجل من امرأته لم يقع عليه الطلاق فان مضت الاربعة الاشهر توقف حتى يطلق أو يفيء وما روى البخاري عن ابن عمر بسنده انه كان يقول في الايلاء الذي سمى الله تعالى لا تحل بعد ذلك الاجل الا أن يمسك بالمعروف أو يعزم بالطلاق كما أمر الله تعالى وقال أي البخاري قال لي اسمعيل بن أبي أويس حدثني مالك عن نافع عن ابن عمر قال اذا مضت أربعة أشهر توقف حتى يطلق ولا يقع عليه الطلاق حتى يطلق انتهى وقال الشافعي حدثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار قال أدركت بضعة عشر رجلا من الصحابة كلهم يقول يوقف المولى وقال بعضهم روى سهيل بن أبي صالح عن أبيه قال سألت اثني عشر رجلا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا ليس عليه شيء حتى تمضي أربعة أشهر قلنا الآثار الاربعة الأول معارضة أما الاول فبما روى عبد الرزاق حدثنا معمر عن عطاء الخراساني عن أبي سلمة بن عبد الرحمن ان عثمان بن عفان وزيد بن ثابت كانا يقولان في الايلاء اذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة واحدة وهي أحق بنفسها وتعتد عدة المطلقة وهذا أولى لان سنده جيد موصول بخلاف ذلك فان حال رجاله لا يعرف الى حبيب وهو أيضا أعضله ولا يعلم ان طاوسا أخذ عن عثمان فهو منقطع وأما الثاني فبما أخرج عبد الرزاق أنبأنا معمر عن قتادة أن عليا وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم قالوا اذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة وهي أحق بنفسها وتعتد عدة المطلقة وكل منهما مرسل فان رواية محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنهم مرسلة وكذا قتادة وهما متعاصران وتوفي قتادة سنة سبع عشرة أو ثمان عشرة ومائة على اختلاف الاقوال وكذا توفي محمد بن علي سنة سبع عشرة في قول وقال غير واحد سنة ثماني عشرة وقيل سنة أربع عشرة وقيل خمس عشرة وقيل ست عشرة فاعتدلا في هذا القدر ثم المثبت من اشتهار قتادة بعظم الحفظ والاتقان والمحافظة على الاداء كما سمع بعينه أكثر وأشهر من المثبت لمحمد قال عبد الرزاق عن معمر جاء رجل الى ابن سيرين فقال رأيت حمامة التقمت لؤلؤة فخرجت عنها أعظم مما دخلت ورأيت حمامة أخرى التقمت لؤلؤة فخرجت منها أصغر مما دخلت ورأيت أخرى التقمت لؤلؤة فخرجت كما دخلت سواء فقال له ابن سيرين أما التي خرجت أعظم مما دخلت فذاك الحسن يسمع الحديث فيجوده بمنطقه ثم يصل فيه من مواعظه وأما التي خرجت أصغر فذاك محمد بن سيرين ينتقص منه ويسأل وأما التي خرجت كما دخلت فهو قتادة وهو أحفظ الناس انتهى وفي تراجمه العجائب من حفظه وأما الثالث والرابع فبما أخرجه ابن أبي شيبة قال حدثنا أبو معاوية عن الاعمش عن حبيب عن سعيد ابن جبير عن ابن عباس وابن عمر انهما قالا اذا آلى فلم يفئ حتى مضت أربعة اشهر فهي تطليقة بائنة ورجال هذا السند كلهم اخرج لهم الشيخان فهم رجال الصحيح فينتهض معارضا ولم يبق الاقول من قال بان أصح الحديث ما روى في كتاب البخاري ومسلم ثم ما كان على شرطهما الى آخر ما عرف وقدمنا في كتاب الصلاة انه تحكم محض لانه اذا كان الغرض ان المروي على نفس الشرط المعتبر عندهما فلم يفته الا كونه لم يكتب في خصوص أوراق معينة ولا أثر لذلك وقول البخاري أصح الاسانيد مالك عن نافع عن ابن عمر لم يوافق عليه فقد قال غيره غيره وقال المحققون ان ذلك يتعذر الحكم به وانما يمكن بالنسبة الى صحابي وبلد فيقال أصحها عن ابن عمر مالك عن نافع عنه وعن أبي هريرة الزهري عن سعيد ابن المسيب عنه وأصح أسانيد الشاميين الاوزاعي عن حسان بن عطية عن الصحابة وأصح أسانيد

(فان كان حلف على أربعة أشهر فقد سقطت اليمين) لانها كانت مؤقتة به (وان كان حلف على الابد فاليمين باقية) لانها مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به الا انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة (فان عاد فتزوجها عاد الايلاء فان وطئها والا وقعت بمضى أربعة أشهر تطليقة أخرى) لان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم

اليمانيين معمر عن همام عن أبي هريرة ونحو ذلك وأحسن من هذا أيضا الوقوف على اقتحام هذه فان في خصوص الوارد ماقد يلزم الوقوف عن ذلك نعم قد يكون الراوى المعين أكثر ملازمة لمعين من غيره فيصير أدرى بحديثه وأحفظ له منه على معنى أكثر احاطة بأفراد متونه واعلم بعادته في تحديثه وعند تدليسه ان كان وبقصده عند ابهامه وارساله ممن لم يلازمه تلك الملازمة أما في فرد معين فرض ان غيره ممن هو مثله في ملكة النفس من الضبط أو ارفع سمعه منه فأتقنه وحافظ عليه كما يحافظ على سائر محفوظاته يكون ذلك مقدما عليه في روايته بمعارضه ماهو الامحض تحكم فان بعد هذا الفرض لم يبق زيادة الآخر الا بالملازمة وأثرها الذي يزيد به على الآخر انما هو بالنسبة الى مجموع متونه لا بالنسبة الى خصوص متن وحينئذ فناهيك بسعيد بن جبير وقد روى عن ابن عمر وابن عباس خلافه وأما رواية الشافعي عن سليمان فحاصلها ان قول جماعة من الصحابة كذلك وكذا ماذكر عن سهيل ولم يتبين من هم فيجوز كون بعضهم ممن تعارضت عنه الروايات مع اختلاف طبقاتهم في علو الحال والفقه كما أسمعناك عمن ذكروا وكون من ذهب الى خلاف المروى عنهم أفقه وأعلى منصبا ونحن قد أخرجنا ماقلناه عن الاكابر مثل عثمان وعلى بناء على ترجيح ماعارضنا به وكذا عن زيد بن ثابت وهو من أكابرهم ممن أخذ ابن عباس رضى الله عنهم بركابه حين ركب وقال هكذا أمرنا أن نفعل بعلمائنا وكذا عن ابن عباس فيما قدمنا وكذا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أخرج الدارقطني عن ابن اسحق حدثني محمد بن مسلم بن شهاب عن سعيد بن المسيب وأبي بكر بن عبد الرحمن ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه كان يقول اذا مضت أربعة اشهر فهى تطليقة وهو أملك بردها مادامت في عدتها وابن اسحق صرح فيه بالتحديث وأخرج عبد الرزاق حدثنا معمر وابن عيينة عن أيوب عن أبي قلابة قال آلى النعمان من امرأته وكان جالسا عند ابن مسعود فضرب فخذه وقال اذا مضت أربعة أشهر فاعترف بتطليقة وأخرج نحو مذهبنا عن عطاء وجابر بن زيد وعكرمة وسعيد بن المسيب وأبي بكر بن عبد الرحمن ومكحول واخرج الدارقطني نحوه عن ابن الحنفية والشعبي والنخعي ومسروق والحسن وابن سيرين وقبيصة وسالم وأبي سلمة وهذا ترجيح عام وهو ان كل من قال من الصحابة بالوقوع بمجرد المضى يترجح على قول مخالفه لانه لم يكن بد من كونه محمولا على السماع لانه خلاف ظاهر لفظ الآية فلولا انه مسموع لهم لم يقولوا به على خلافه ومن قال كقولهم لم يظهر في قولهم مثل ذلك لانهم مع المتبادر من اللفظ فلا يلزم حمل قولهم على سماع واندرج في هذا من روى عنهم الشافعي من الصحابة وسهيل على انه ليس في اللفظ المروى لسهيل حجة لاحد الفريقين أصلا (قوله وان كان حلف على الابد) هو ان يصرح بلفظ الابد أو يطلق فيقول لا أقربك مقتصرا الا أن تكون حائضا فليس بمول أصلا لانه ممنوع بالحيض فلا يضاف المنع الى اليمين وكذا لا أقربك حتى تقوم الساعة وحتى يلج الجمل في سم الخياط يكون موليا (قوله الا انه لا يتكرر) استثناء من لازم قوله فاليمين باقية فيما يتبادر فانه يتبادر منه أن يقع أخرى عند مضى أربعة أشهر أخرى اذا كانت لم تنقض عدتها بعد وبه قال أبو سهل الشرغى وعليه مشى المرغيناني وصاحب المحيط لان حاصل اليمين المطلقة كلما مضت أربعة أشهر لم أجامعك فيها فانت طالق ولو صرح بذلك كان الحكم كذلك فكذا اذا صرح بلزومه والمختار قول الكرخي انه لا يقع الا اذا تزوجها وعليه مشى في البدائع وتحفة الفقهاء وشرحي الاسبيجابي

وقوله (فان كان حلف) يعني اذا مضت أربعة أشهر ولم يقربها فلا يخلو إما ان كان حلف على أربعة أشهر أو على الابد فان كان الاول فقد سقط اليمين لانها كانت موقتة به وان كان الثاني فاليمين باقية لانها يمين مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به الا انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج وهو استثناء من قوله فاليمين باقية لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة اذ لا حق لها في الجماع بعدها وهذا اختيار عامة المشايخ وكان الفقيه أبو سهل الشرغى يقول يتكرر الطلاق بتكرر المدة يعني اذا مضت مدة الايلاء قبل انقضاء عدتها لان الايلاء في حق الطلاق بمنزلة شرط متكرر فكأنه قال كلما مضت أربعة أشهر ولم أقربك فيها فأنت طالق بائن ألا ترى انه لو لم يقربها حتى بانت ثم تزوجها ولم يقربها أربعة أشهر بانت فدل انه بمنزلة شرط متكرر والاصح قول العامة المذكور في الكتاب (فان عاد فتزوجها) بعد البينونة بمضى أربعة أشهر بعد انقضاء عدتها (عاد الايلاء فان وطئها) في المدة (والا وقعت تطليقة أخرى بمضى أربعة أشهر أخرى لان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج حدث حقها فيتحقق الظلم) فيزال بالطلاق البائن

و يعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج (فان تزوجها ثالثا عاد الايلاء و وقعت بمضى أربعة أشهر أخرى ان لم يقربها) لما بيناه (فان تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق) لتقيده بطلاق هذا الملك وهى فرع مسئلة التنجيز الخلافية وقد مر من قبل (واليمين باقية) لا طلاقها وعدم الحنث (فان وطئها كفر عن يمينه) لوجود الحنث (فان حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن موليا)

والجامع لان وقوع الطلاق جزاء الظلم وقد تحقق فى الاول بالحلف على ترك قربانها حال قيام العصمة فانعقد ايلاء وثبت حكمه من الوقوع عند مضى الاشهر جزاء لظلمه وليس للمبانة حق الوطء فلا ينعقد الايلاء ثانيا ابتداء فى حقها فلا يلزم حكم البر فيه بخلاف ما لو آلى حال قيام النكاح ثم أبانها تنجيزا ثم مضت مدة الايلاء وهى فى العدة حيث تقع الثانية لصحة الايلاء لصدوره فى حال يتحقق به ظلمه فيكون اذا صح بمنزلة تعليق البائن والبائن المعلق يلحق البائن المنجز فى العدة على ما أسلفناه فى ذيل الكنايات وبهذا التقرير يتضح لك الجواب عن قول أبى سهل انه كقوله كلما مضت أربعة أشهر فأنت طالق وذلك لان قوله والله لا أقربك أربعة أشهر انما صار بمنزلة قوله اذا مضت أربعة أشهر فأنت طالق اذا انعقد إيلاء شرعيا مستعقبا لحكمه من وقوع الطلاق بتقدير البر وانعقاده إيلاء انما يكون حال كونه ظالما لان ذلك الحكم هو جزاؤه فاذا لم يكن ظالما كان الثابت مجرد اليمين على ترك قربانها وهو أعم من الايلاء فلا يستلزمه فيبقى يمينا دون ايلاء فلا يصير كقوله كلما مضت أربعة أشهر فأنت طالق فيوفر عليه حكم اليمين المجردة وهو الكفارة بالوطء كما لو قال لاجنبية والله لا أقربك أبدا ثم تزوجها فلم يطأها حتى مضت أربعة أشهر لا تطلق ولو وطئها كفر للحنث كذا هذا ولذا قلنا اذا تزوجها بعد زوج آخر بعد وقوع الثلاث بواسطة تكرر النكاح فى الايلاء المطلق يلزمه الكفارة لو وطئ وان لم يقع الطلاق لو مضت المدة دون وطء (قوله و يعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج) أطلق فى ذلك وكذا فى الكافى وقيده فى النهاية والغاية تبعا للتمرتاشى والمرغينانى بما اذا كان التزوج بعد انقضاء العدة فأما ان كان فيها اعتبر ابتداؤه من وقت الطلاق ومثله لو آلى من زوجته مؤبدا ثم طلقها واحدة بائنة لا يبطل الايلاء فان مضت له أربعة أشهر وهى فى العدة وقعت عليها طلقة وان مضت بعد انقضائها لا يقع شئ فان تزوجها بعد الانقضاء عاد الايلاء ويعتبر ابتداؤه من وقت التزوج فلا يحتسب بما مضى قبله فلو تزوجها فى العدة احتسب به قال فى شرح الكنز وهذا لا يستقيم الا على قول من قال ان الطلاق يتكرر قبل التزوج وقد بينا ضعفه انتهى فالاولى اعتبار الاطلاق كما فى الهداية (قوله لتقيده بطلاق هذا الملك) لان الغرض منه المنع وذا إنما يحصل ببطلان حل يخاف بطلانه ولا يخاف بطلان حل سيوجد جديدا بعد التزوج بغيره لانه غالب العدم على وزان ما قدمنا فى مسئلة التنجيز وهو ما اذا علق طلاقها بالدخول مثلا ثم نجز الثلاث فتزوجت بغيره ثم أعادها فدخلت لا تطلق خلافا لزفر فهذه فرع تلك وفيها خلاف زفر كتلك وكذا لو آلى من زوجته ثم طلقها ثلاثا بطل الايلاء حتى لو مضت أربعة أشهر وهى فى العدة لم يقع الطلاق خلافا لزفر ولو تزوجها بعد زوج آخر فى الايلاء المؤبد لا يعود الايلاء خلافا له ولو بانت بالايلاء مرة أو مرتين فتزوجت بغيره ثم عادت اليه عادت بثلاث تطليقات وتطلق كلما مضى عليها أربعة أشهر لم يجامعها فيها حتى تبين بثلاث وفيه خلاف محمد وهى مبنية على مسئلة الهدم وقد مرت (قوله فان حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن موليا) وقال به

وقوله (ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج) قيل هو احتراز عما اذا تزوجها قبل انقضاء العدة فان ذلك الايلاء يعتبر من وقت الطلاق لا من وقت التزوج كذا ذكره التمرتاشى (ان تزوجها ثانيا) وفى بعض النسخ ثالثا ولكل وجه أما الاول فبالنظر الى التزوج بعد الايلاء وأما الثانى فبالنظر الى التزوج قبل الايلاء والاول أظهر (عاد الايلاء و وقعت بمضى أربعة أشهر أخرى تطليقة أخرى ان لم يقربها لما بينا) ان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم فان تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق (فان وطئها كفر عن يمينه) أما عدم وقوع الطلاق فلتقيده بطلاق هذا الملك لما ذكرنا انه بمنزلة التعليق بعدم القربان وتعليق الطلاق ينحصر فى طلاق ذلك الملك الذى حصل فيه التعليق (وهى فرع مسئلة التنجيز الخلافية) فانه يبطل التعليق عندنا خلافا لزفر (وقد مر من قبل) أى فى باب الايمان فى الطلاق قال فى المبسوط واذا آلى الرجل من امرأته لا يقربها ثم طلقها ثلاثا بطل الايلاء عندنا خلافا لزفر لان الايلاء طلاق مؤجل فانما ينعقد على التطليقات المملوكة ولم يبق شئ منها بعد وقوع الطلاق الثلاث عليها وكذا لو بانت بالايلاء ثلاث مرات ثم تزوجها بعد زوج آخر لم يكن موليا الا عند زفر

وأما الكفارة عند الوطء فلبقاء اليمين لاطلاقها ووجود الحنث قال (فان حلف على أقل من أربعة اشهر لم يكن موليا)

الائمة

(قوله بطل الايلاء عندنا خلافا لزفر لان الايلاء طلاق الخ) أقول قوله لان الايلاء تعليل لقوله بطل الخ

مثل أن يقول والله لا أقربك شهرا وهو وضع المبسوط أو قال لا أقربك شهرين أو ثلاثة أشهر لم يكن موليا وقال ابن أبى ليلى هو مول ان تركها وطأها أربعة أشهر بانت بتطليقة وهكذا كان يقول أبو حنيفة أولا فلما بلغه فتوى ابن عباس لا ايلاء فيما دون أربعة أشهر رجع عن قوله فان قيل فتوى ابن عباس مخالف لظاهر النص لان الله تعالى قال للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر أطلق الايلاء وقيد التربص بمدة وذلك يقتضى ان من آلى من امرأته ولو مدة يسيرة كيوم أو ساعة يلزمه تربص أربعة أشهر فالتقييد بمدة يكون زيادة على النص وهو لا يجوز بفتوى ابن عباس فكيف رجع أبو حنيفة عن قوله فالجواب ان فتوى (١٨٩) ابن عباس وقع فى المقدرات والرأى لامدخل له فى المقدرات الشرعية فكان مسموعا ولم يرد عن أحد خلافه فيجعل تفسيرا للنص لا تقييدا وتقريره والله أعلم للذين يؤلون من نسائهم أربعة أشهر تربص أربعة أشهر ترك الاول لدلالة الثانى فكان من باب الاكتفاء وقوله (ولان الامتناع عن قربانها) دليل معقول على وضع المبسوط كما ذكرنا فى مطلع هذا البحث وتقريره أن الامتناع عن قربانها أى عن قربان من آلى منها زوجها شهرا فى أكثر المدة وهو ثلاثة أشهر حاصل بلا مانع لانه ليس فيه يمين وعمله أى عمل هذا الحلف المنعقد على شهر لا يثبت الطلاق عند مضى أربعة أشهر لخلو الزائد عن اليمين فكان كمن لم يقربها أربعة أشهر أو أكثر بلا يمين فانه بمضى أربعة أشهر لا يقع شئ والضمير فى فيه قيل هو راجع الى الامتناع وقيل الى الحلف المفهوم من قوله وعمله ويجوز أن يكون راجعا الى أكثر المدة ولو قال المصنف ولان الامتناع عن قربانها فى بعض المدة بدل فى أكثر المدة كان أشمل لتناوله وضع المبسوط وغيره (ولو قال لها والله لا أقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول لانه جمع بينهما بحرف الجمع) وهو الواو (فصار كجمعه بلفظ الجمع) كأنه قال والله لا أقربك أربعة أشهر فتكون يمينا واحدة حيث لم يفرد المدة الثانية بنفى على حدة فلو قربها فى المدة لزمه كفارة واحدة (ولو مكث يوما أو ساعة ثم قال والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين الاولين

لقول ابن عباس لا ايلاء فيما دون أربعة أشهر ولان الامتناع عن قربانها فى أكثر المدة بلا مانع وبمثله لا يثبت حكم الطلاق فيه (ولو قال والله لا أقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول) لانه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كجمعه بلفظ الجمع (ولو مكث يوما ثم قال والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين الاولين

الائمة الاربعة وأكثر العلماء وقالت الظاهرية والنخعية وقتادة وحماد وابن أبى ليلى واسحق يصير موليا فى قليل المدة وكثيرها فان تركها أربعة أشهر بانت بطلقة لاطلاق الآية فى ذلك فانه لم يقيد الايلاء بكونه على أربعة أشهر فصاعدا بل خص بالاربعة مدة التربص وأطلق الحلف وكان أبو حنيفة أولا يقول به ثم رجع الى قول ابن عباس لما صح عنده فتواه بخلافه أخرج ابن أبى شيبة حدثنا على ابن مسهر عن سعيد عن عامر الاحول عن عطاء عن ابن عباس رضى الله عنهما قال اذا آلى من امرأته شهرا أو شهرين أو ثلاثة مالم يبلغ الحد فليس بايلاء وأخرج البيهقى عنه قال كان ايلاء الجاهلية السنة والسنتين وأكثر من ذلك فوقت الله عز وجل أربعة أشهر فان كان أقل من أربعة أشهر فليس بايلاء وأخرج ابن أبى شيبة نحوه عن عطاء وطاوس وسعيد بن جبير والشعبى ولا شك ان ظاهر الآية كقول من قال بانه ايلاء والمعول عليه فى دفعه قول الصحابى وكبار التابعين ممن ذكرنا فان قول الصحابى فى مثله ظاهر فى السماع لكن يبقى فيه انه زيادة على النص اذ هو تقييد لاطلاق الحلف فى كونه ايلاء فلا يجوز الا أن يكون فيه اجماع من الصحابة والمعنى الذى ذكر وهو ان المولى من لا يقدر على القربان فى المدة الا بشئ يلزمه وهذا ليس كذلك فرع كون أقل المدة أربعة أشهر والافنحن لا نقول به اذ قلنا بعدم تقييد المدة المحلوف عليها بها فاثبات كون الاقل أربعة أشهر به مصادرة (قوله لان الامتناع عن قربانها فى أكثر المدة بلا مانع الخ) قيل هو بناء على انه أراد بالاقل من أربعة أشهر شهرا فان وضع المسئلة فى الاصل اذا حلف لا يقربها شهرا والا فالاقل من الاربعة لا يستلزم كون الامتناع الا فى بعض المدة مطلقا لا فى أكثرها لجواز كون الحلف على ثلاثة أشهر وقيل لفظ أكثر مقحم وبعد ذلك التقريب ظاهر وقيل أراد بالاكثر تمام المدة أربعة أشهر سماها أكثر لانها أكثر من المدة المحلوف عليها ولا اشكال حينئذ لان المانع غير موجود فى جميعها فى جميع صور الحلف على أقل من أربعة أشهر واستضعفه فى الكافى قال وانما يصح ان لو قال فى أكثر المدتين انتهى ووجهه ان أفعل التفضيل يلزم فى اضافته الى الشئ كونه بعض ما أضيف اليه ولذا امتنع يوسف أحسن أخوته وخواص البشر أفضل الملائكة وليس الاربعة الاشهر التى هى المراد بالاكثر بعض المدة المضاف اليها لاستحالة كون الاربعة بعض ما هو أقل منها فلزم فى صحته أن يقول أكثر المدتين يعنى المدة المحلوف عليها ومدة الايلاء وهى أربعة أشهر مدتان والثانية أكثرها ولا اشكال فى انه لو قال فى بعض المدة كان أحسن وأسلم (قوله وشهرين بعد هذين الشهرين) الى آخر المسئلة الثانية لفظ بعد الشهرين ليس قيدا فى

(قوله فكان مسموعا) أقول أى محمولا على السماع (قوله وعمله اى عمل هذا الحلف) أقول والاظهر ارجاع الضمير الى الامتناع

لم يكن موليا لان الثانى ايجاب مبتدأ) والاصل فى ذلك انه اذا لم يعد اسم الله تعالى فى المعطوف ولا حرف النفى ولم يمكث بينهما ساعة دخل حكم المعطوف فى حكم المعطوف عليه كما فى المسئلة الاولى وأما اذا فات أحد الامور المذكورة فقد كان ايجابا مبتدأ وعلى هذا فى المسئلة الثانية لا يكون موليا لفوات الامور الثلاثة لوجود المكث يوما واعادة اسم الله وحرف النفى فقد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى شهرين و بعد الثانية مضافا الى الاول بقوله بعد الشهرين الاولين أربعة أشهر الا يوما مكث فيه فلم يتكامل مدة المنع فلا يكون موليا ويكون كلامه يمينين مستقلتين يلزمه بالقربان كفارتان ولو قال والله لا أقربك شهرين ولا شهرين لا يصير موليا لانه باعادة حرف النفى صار ايجابا آخر وصارا أجلين وتداخلا كما لو قال والله لا أكلم فلانا يوما ولا يومين ان اليمين تنقضى بيومين لانه اعاد كلمة النفى فصار الثانى منفردا عن الاول فتداخل وقتهما بعد الانفراد لان الوقت الواحد يصلح وقتا للايمان كثيرة فان من قال والله لا أكلم فلانا شهرا ولا أدخل هذه الدار شهرا ولا آكل هذا الطعام شهرا فمضى شهر واحد تنقضى الايمان كلها فكذلك ههنا اذا مضى شهران فقد مضت مدة كل واحدة من اليمنين فيمكنه قربان امرأته فى مدة الايلاء بغير شئ يلزمه فلا يصير موليا بخلاف المسئلة الاولى فانه لما لم يفرد مدة الثانية بنفى على حدة كان الكل مدة واحدة فكان موليا

لم يكن موليا) لان الثانى ايجاب مبتدأ وقد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى شهرين و بعد الثانية اربعة أشهر الا يوما مكث فيه فلم تتكامل مدة المنع

حكم المسئلة الاولى بل قيد فى الثانية فقط ولفظ يوما فى الثانية ليس قيدا لا فرق بين مكثه يوما أو ساعة وقيل تكرر اليمين فى مجلس أو مجالس و بينهما أقل من يوم تنجيز عند أبى حنيفة وأبى يوسف فقيد بمكثه يوما لتكون المسئلة اتفاقية وهذا بعيد لان أثبات المذهب نصوا على أن قوله والله لا أفعل كذا والله لا أفعل كذا يمينان ولم يحك فيه خلاف وانما حكى فى قوله والله والله لا أفعل فذكروا ان ظاهر الرواية أنهما يمينان وفى نوادر ابن سماعة يمين واحدة وفى المنتقى جعل كونهما يمينين قياسا وكونهما يمينا واحدة استحسانا وفرع فى الدراية فى آخر الباب من غير ان يعزوه والله لا أقربك مرارا فى مجلس واحد تتعدد الكفارة وتطلق ثلاثا يتبع بعضها بعضا قياسا وهو قول محمد و زفر وواحدة استحسانا وهو قولهما وهو خلاف الاشهر ولو قال فى الثانية بعد يوم والله لا أقربك شهرين ولم يزد على ذلك لا يكون موليا أيضا لكن لا لما فى الكتاب بل لتداخل المدتين فتتأخر المدة الثانية عن الاولى بيوم واحد أو بساعة بحسب ما فصل به بين اليمينين فالحاصل من حلفيه الحلف على شهرين و يوم أو ساعة على حسب الفاصل والاصل فى جنس هذه المسائل ان الايلاء يوجب طلاقا فى البر وكفارة فى الحنث وانه لا تلازم بين كونه ايلاء و يمينا كما قدمنا فلذلك قد يتعدد البر والحنث وقد يتحدان وقد يتعدد البر و يتحد الحنث وقلبه وتعدد البر بتعدد المدة لانه يتعدد الايلاء وهو يتعدد الظلم وهو يتعدد مدة المنع ومالم يجب تعددها من اللفظ كانت المدتان متداخلتين وتعدد اليمين بتعدد اسم الله أو تكرار حرف لا داخلة على المدة ومن زاد السكوت لم يحتج إليه لان الاسم الكريم يتكرر بعد السكوت ولو كان الحلف بغير الاسم الكريم لم يلزم التعدد من تعدده فى التجريد عن أبى حنيفة رحمه الله إذا حلف بأيمان عليه لكل يمين كفارة والمجلس والمجالس سواء ولو قال عنيت بالثانى الاول لم يستقم فى اليمين بالله تعالى ولو حلف بحجة أو عمرة يستقيم مثال تعددهما إذا جاء غد فوالله لا أقربك إذا جاء بعد غد فوالله لا أقربك اما أنهما يمينان فلتعدد الذكر واما انهما ايلا آن فلتعدد المدة فان تركها أربعة أشهر من اليوم الاول بر فى الاولى و بانت فاذا مضى يوم آخر بر فى الثانية وطلقت أيضا ولو قربها بعد الغد تجب كفارتان وان أطلق لزومهما فى الكافى ولو قربها فى الغد لزمته كفارة واحدة لان الغد لم ينعقد عليه الايمن واحدة وتعدد الكفارة بتعدد اليمين ونظيره فى النوازل قال والله لا أكلمه يوما والله لا أكلمه شهرا والله لا أكلمه سنة ان كلمه بعد ساعة فعليه ثلاثة أيمان وان كلمه بعد الغد فعليه يمينان وان كلمه بعد شهر فعليه يمين واحدة وان كلمه بعد سنة فلا شئ عليه ومن تعددهما والله لا أقربك أربعة أشهر والله لا أقربك أربعة أشهر أخرى بعد هذه الاربعة الاشهر وكذا والله لا أقربك أربعة أشهر ولا أربعة أشهر أخرى بعد هذه الاربعة الاشهر إلا انه تعدد بتعدد المدة بلا تداخل فلا يتصور فى قربان واحد كفارتان وهذه نظير مسئلة الهداية فى عدم تداخل المدتين أعنى قوله والله لا أقربك شهرين ثم بعد يوم قال والله لا أقربك شهرين بعد هذين الشهرين فانه ليس بايلاء كما ذكر ولكن تتداخل المدتان

(قوله أربعة أشهر الا يوما) أقول فيه بحث (قوله يلزمه بالقربان كفارتان) أقول فيه نظر اذ لا يعقل وجه لزوم الكفارتين فان لكل من اليمنين مدة على حدة لا تداخل بين مدتيهما حتى يلزم الكفارتان الا أن يراد بالقربان قربانان فى مدتى اليمنين فليتأمل فانه مع بعده لا يساعده كلام ما فى الشروح (قوله فى مدة الايلاء) أقول أى اللغوى

(ولو قال والله لا أقربك سنة الا يوما لم يكن موليا) خلافا لزفر هو يصرف الاستثناء الى آخرها اعتبارا بالاجارة فتمت مدة المنع ولنا ان المولى من لا يمكنه القربان اربعة أشهر الا بشئ يلزمه

فلو قربها فى الشهرين الاولين لزمته كفارة واحدة وكذا فى الشهرين الآخرين لانه لم يجتمع على شهرين يمينان بل على كل شهرين يمين واحدة وقد توارد شروح الهداية من النهاية وغاية البيان على الخطا عند كلامهم على هذه المسئلة فاحذره فلو قربها فى الاربعة الاولى لزمته كفارة واحدة وكذا فى الاربعة الثانية ولو كان أطلق فقال والله لا أقربك ثم بعد ساعة فصاعدا قال والله لا أقربك ثم بعد ساعة قال كذلك فقربها بعد اليمين الثالثة لزمه ثلاث كفارات للتداخل فى المحلوف عليه ولو لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت بتطليقة وعند تمام الثانية وهو ساعة بعدها تبين باخرى إذا كانت فى العدة وعند تمام الثالثة تبين بثالثة بلا خلاف بخلاف مامضى فى الكتاب فى تأبيد اليمين فان الايلا آت هناك تنزل متعاقبة بواسطة تأبيد اليمين الواحدة فجاء الخلاف فى انه هل ينعقد الايلاء الثانى فى العدة أولا ومن منعه قال لا يبتدأ الايلاء الا فى حال يكون بالمنع ظالما أما هنا فالايلا آت الثلاثة صرح بها فى حال العصمة وهو حال تحقق ظلمه بها فلا يتوقف وقوع الثانية على قيام النكاح ولو كان قال مرتين فقط لم تقع الثالثة الا إذا تزوجها فيقع بحكم تأبيد اليمين إذا مضت أربعة أشهر من وقت التزوج ومثال اتحادهما والله لا أقربك أربعة أشهر أو لا أقربك شهرين وشهرين وفى الكافى فى نظيره كلما كلمت واحدا من هذين فوالله لا أقربك فكلمتهما معا وليس للتقييد بذلك فائدة فان بتكليمهما معا لم تنحل اليمين بل لو كلمت أحدهما بعدهما ثبت الايلاء فالظاهر كون هذا من صور تعدد البر فان علة التعدد فيما بعد هذه بعينها فى هذه ومثال تعدد البر واتحاد اليمين كلما دخلت هذه الدار فوالله لا أقربك فدخلتها فى يوم ثم فى يوم آخر ثم فى يوم آخر فان قربها تجب كفارة واحدة وان تركها أربعة أشهر من اليوم الاول بانت بتطليقة فاذا مضى يوم آخر بانت بأخرى واذا مضى يوم آخر بانت بالثالثة وفى هذا المثال نظر لان الحلف بالله وقع جزاء الشرط متكرر فيلزم تكرره ولا يشكل بأنه لا حلف عند الشرط الثانى والثالث لانه لم يوجد فيه ذكر اسم الله تعالى والا لزم ان لا حلف عند الشرط الاول أيضا ومع ذلك ثبت الحلف عنده ولعله اشتبه والله كلما دخلت لا أقربك بكلما دخلت فوالله لا أقربك وكذا لو قال كلما دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا ان قربتك يتعدد برا وكلما دخلت انعقدت مدة يقع عضيها واحدة بائنة ولا يتصور حنثه الا مرة واحدة لتعذر وقوع شئ آخر بعد الثلاث ونحوه كلما دخلت فعبدى حر ان قربتك سواء ومثال اتحاد الايلاء وتعدد اليمين إذا جاء غد فوالله لا أقربك ثم قال فى المجلس إذا جاء غد فوالله لا أقربك فهو ايلاء واحد فى حكم البر حتى لو مضت أربعة أشهر من الغد طلقت وان قربها فعليه كفارتان لاتحاد المدة وتعدد الاسم وكذا والله لا أقربك أربعة أشهر ولا أربعة أشهر من غير ان يزيد لفظ أخرى أو نحوه واعلم ان هذه خلافية وصورتها فى الخلافيات لو قال والله لا أقربك والله لا أقربك والله لا أقربك فى ثلاثة مجالس فكل من اليمين والايلاء ثلاثة وان كان فى مجلس واحد فان أراد به التكرار فاليمين واحد والايلاء واحد وان لم ينو شيأ أو أراد التشديد والتغليظ وهو الابتداء دون التكرار فالايمان ثلاثة اجماعا والايلاء ثلاثة قياسا وهو قول محمد حتى اذا مضت أربعة أشهر ولم يقربها تبين بطلقة ثم عقيبها تبين باخرى ثم باخرى الا أن تكون غير مدخول بها فلا يقع الا واحدة وان قربها وجب عليه ثلاث كفارات وفى الاستحسان وهو قولهما الايلاء واحد فلا يقع الا واحدة ويجب بالقربان ثلاث كفارات لان الشرط الواحد يكفى لايمان كثيرة ولما كانت المدة متحدة كان المنع متحدا فلا يتكرر الايلاء (قوله لم يكن موليا) أى فى الحال لانه يكون موليا اذا قربها وبقى بعد يوم القربان أربعة أشهر فصاعدا الى تمام السنة حتى لو تركها بعد ذلك القربان أربعة أشهر وقعت تطليقة (قوله اعتبارا بالاجارة) وهو ما اذا قال أجرتك سنة الا يوما ينصرف اليوم الى آخر السنة وكذا اذا

(ولو قال والله لا أقربك سنة الا يوما لم يكن موليا خلافا لزفر هو يقول يصرف الاستثناء الى آخرها كما لو قال آجرت دارى هذه سنة الا يوما فتمت مدة المنع ولنا ان المولى من لا يمكنه القربان أربعة أشهر الا بشئ يلزمه) وهذا ليس يصادق على ما نحن فيه

لانه يمكنه القربان اذا المستثنى يوم منكر) فما من يوم يمر عليه بعد يمينه الا ويمكنه أن يجعله اليوم المستثنى فيقربها فيه من غير شئ يلزمه ولا يجوز صرفه الى آخر السنة لانه معين فكان تغييرا لكلامه من المنكر الى المعين بغير حاجة لان الجهالة لا تمنع انعقاد اليمين بخلاف الاجارة فان الحاجة ماسة الى الصرف الى آخر السنة لتصحيحه أى لتصحيح عقد الاجارة فانه لا يصح مع التنكير للجهالة (ولو قربها فى يوم والباقى أربعة أشهر أو أكثر صار موليا لسقوط الاستثناء ولو قال وهو بالبصرة والله لا أدخل الكوفة وامرأته بها لم يكن موليا لانه يمكنه القربان من غير شئ يلزمه بالاخراج من الكوفة) ولا يشكل بمن له اربع نسوة وقال والله لا يقربهن فانه يصير موليا منهن ان لم يقربهن جميعا أربعة أشهر بن عندنا خلافا لزفر مع ان له أن يطأ كل واحدة منهن الى أن يأتى على الثلاث من غير شئ يلزمه لما أن الحنث لا يتعلق باجزاء المحلوف قبل أن يأتى بالكل كما لو حلف لا يدخل هذه الدور الاربع له أن يدخل كل واحدة منها من غير حنث مالم يدخل الكل ثم لما كان فى مسئلة الحلف على أربع نسوة ينتفى القربان موليا فى الحال فى حق كل واحدة منهن علم ان امكان القربان من غير شئ يلزمه لا يمنع صحة الايلاء لانه انما صار موليا مع امكان القربان على الوجه المذكور لان الحالف ظالم فى حق كل واحدة منهن بمنع حقها فى الجماع كما لو عقد يمينه على كل واحدة منهن على الانفراد الا أنه لا يلزمه الكفارة بقربان بعضهن لان الكفارة موجب الحنث فلا يحنث مالم يتم شرطه ولكن عند تمام الشرط لا يكون وجوب الكفارة بقربان الاخيرة فقط بل بقربانهن جميعا وأما وقوع الطلاق فى الايلاء فباعتبار البر وذلك انما يتحقق فى كل واحدة منهن فلهذا بن بمضى المدة كذا فى النهاية

وههنا يمكنه لان المستثنى يوم منكر بخلاف الاجارة لان الصرف الى الآخر لتصحيحها فانها لا تصح مع التنكير ولا كذلك اليمين (ولو قربها فى يوم والباقى أربعة أشهر أو أكثر صار موليا) لسقوط الاستثناء (ولو قال وهو بالبصرة والله لا أدخل الكوفة وامرأته بها لم يكن موليا) لانه يمكنه القربان من غير شئ يلزمه بالاخراج من الكوفة

قال فى الصورة المذكورة سنة الانقصان يوم يكون موليا صرفا له الى الآخر كما اذا أجل الدين (قوله وههنا يمكنه) لان المستثنى يوم منكر فيصدق على كل يوم من أيام تلك السنة حقيقة فيمكنه أن يطأها قبل مضى أربعة أشهر من غير شئ يلزمه اعتبارا ليوم الوطء اليوم المستثنى بخلاف ما قاس عليه فان المعين لكون اليوم المستثنى آخر السنة ليس اللفظ بل تصحيح الاجارة فانها تبطل بالجهالة وفى الحمل على حقيقته حتى يصير شائعا فى السنة لا تتعين مدة الاجارة والنقصان ينصرف الى الآخر وكذا المقصود من تأجيل الدين تأخير المطالبة فتعين بدلالة الحال والذى يشكل الفرق بينه وبين قوله والله لا أكلم زيدا سنة الا يوما ينصرف الى اليوم الاخير وجواب صاحب النهاية بان المعين الحامل وهو المغايظة المقتضية لعدم كلامه فى الحال منظور فيه بانه مشترك الالزام اذ الايلاء أيضا يكون من المغايظة (قوله صار موليا لسقوط الاستثناء) مع ان الباقى من السنة الثانية مدة الايلاء ولو أطلق بان قال لا أقربك الا يوما لا يكون موليا حتى يقربها فاذا قربها صار موليا ولو قال سنة الا يوما أقربك فيه لا يكون موليا أبدا لانه استثنى كل يوم يقربها فيه فلا يكون ممنوعا أبدا وكذا لو أطلق مع هذا الاستثناء واذا قال سنة فمضت أربعة أشهر ولم يقربها فيها فوقعت طلقة ثم تزوجها ومضت أربعة أخرى لم يقربها فيها وقعت أخرى فاذا تزوجها فمضت أربعة أخرى لا يقع لان الباقى بالضرورة أقل من أربعة أشهر (قوله ولو قال وهو بالبصرة) اذا حلف لا يقربها فى مكان معين هى فيه أو زمان معين وهو فى غيرهما ان كان بينهما قدر أربعة أشهر كان موليا على ما فرع قاضيخان والمرغينانى فانهما قالا لو كان بينهما مسيرة أربعة أشهر ففيؤه باللسان ولم يعتبر امكان خروج كل منهما الى الآخر فيلتقيان فى أقل من ذلك وعلى ما فى جوامع الفقه يعتبر أن يكون بينهما ثمانية أشهر فانه قال لو كان فى بلد وزوجته فى بلد فحلف لا يدخله وبينهما أقل من ثمانية أشهر لا يصير موليا لجواز انهما يخرجان فيلتقيان فى أقل من أربعة أشهر فيقربها وان كان بينهما أقل من ذلك لم يكن موليا عند الائمة الاربعة الا فى رواية عن أحمد وهو قول ابن أبى ليلى فانه

يكون

قال المصنف (ولا كذلك اليمين) أقول قال ابن الهمام فيه ان قوله والله لا أكلم زيدا سنة الا يوما يعين مع أنه ينصرف الى اليوم الآخر وجواب صاحب النهاية بان المعين الحال وهو المغايظة المقتضية لعدم كلامه من الحال منظور فيه بانه مشترك الالزام اذ الايلاء أيضا يكون عن المغايظة انتهى وقال تاج الشريعة ونحن نقول فى الفرق بين اليمينين ان الاستثناء لو انصرف الى آخر السنة يلزمه أحد المكروهين لانه اما أن يقربها فيلزمه الكفارة أو لا يقربها فيلزمه مكروه الطلاق عند انقضاء أربعة أشهر ولا كذلك اليمين انتهى ولعل مراده انه لما تعارض جهتا المغايظة ولزوم أحد المكروهين فمقتضى الاولى صرف اليوم الى آخر السنة ومقتضى الاخرى خلافه فتساقطا وعمل بمقتضى اللفظ وهو التنكير فليتأمل (قوله لانه انما صار موليا مع امكان القربان الخ) أقول تعليل لقوله ولا يشكل بمن له اربع نسوة الخ

(قال ولو حلف بحج أو بصوم أو بصدقة أو عتق أو طلاق فهو مول) لتحقق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء وهذه الاجزية مانعة لما فيها من المشقة وصورة الحلف بالعتق ان يعلق بقربانها عتق عبده وفيه خلاف أبي يوسف فانه يقول يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شئ

يكون موليا فان تركها أربعة أشهر بانت بتطليقة وينبغي أن يصير موليا على قول كل من قدمنا عنه انعقاد الايلاء اذا حلف على أقل من أربعة أشهر كما قال ابن أبي ليلى وغيره وكذا اذا قال والله لا أقربك الا في المحرم وهو في شوال أو حتى تفطمي ولدك والى مدة الفطام أقل من أربعة أشهر والوجه المذكور للجمهور بناء على ما تقدم هنالك من أن المولى من لا يمكنه القربان في الاربعة الاشهر الا بشئ يلزمه وليس فليس وقد بحثنا هنالك ان هذا فرع كون أقل مدة ينعقد الايلاء بالحلف عليها أربعة أشهر وبالضرورة انهم لا يلتزمون ذلك الا أن يجعل هذا أصلا مهدا في مذهب المانعين بعد ثبوت عدم انعقاده لاقل من أربعة أشهر بدليله من أقوال الصحابة فتعلل به الاحكام المذهبية لا عند قصد الاثبات على المخالف ثم أورد على هذا الاصل لو قال والله لا أقرب يكن لاربع نسوة فانه مول فاذا تركهن في المدة طلقن ولو قرب ثلاثا منهن لا يلزمه شئ فثبت ان امكان القربان بغير شئ لا يمنع صحة الايلاء أجيب بما حاصله ان الايلاء متعلق بمنع الحق في المدة وقد وجد في هذه المسئلة فيكون موليا منهن وعدم لزوم شئ لعدم الحنث لان الحنث بفعل المحلوف عليه وذلك بقربانهن والموجود قربان بعضهن وحاصل هذا تخصيص اطراد الاصل بما اذا حلف على واحدة بأدنى تأمل (قوله ولو حلف بحج الخ) بان يقول ان قربتك فعلي حج أو عمرة أو صدقة أو صيام أو هدي أو اعتكاف أو يمين أو كفارة يمين أو فأنت طالق أو هذه لزوجة أخرى أو فعبدي حر أو فعلي عتق لعبد مبهم فهو مول أما لو قال فعلي صوم هذا الشهر مثلا فليس بمول لانه يمكنه ترك القربان الى أن يمضي ذلك ثم يطؤها بلا شئ يلزمه بخلاف قوله فعلي صوم يوم ولو قال فعلي اتباع جنازة أو سجدة تلاوة أو قراءة القرآن أو الصلاة في بيت المقدس أو تسبيحة فليس بمول ونقل في الصلاة خلاف محمد فعنده يكون موليا الا انها مما يلزم بالنذر وتقدم أول الباب ما يجاب به عنه ويجب صحة الايلاء فيما لو قال فعلي مائة ركعة ونحوه مما يشق عادة وكذا خلافه ثابت في مسئلة الغزو المذكورة أول الباب فان قلت ينبغي في الصلاة في بيت المقدس أن يكون موليا اتفاقا لما فيه من مشقة السفر كالحج قلنا نعم لو لزم من نذر الصلاة في بيت المقدس أن لا يسقط الا بالصلاة فيه لكن المذهب ان له أن يصليها في غيره ويسقط النذر به على ما عرف ولو قال فعلي أن أتصدق على هذا المسكين بهذا الدرهم أو مالي هبة في المساكين لا يصح الا أن ينوي التصدق به ولو قال فكل مملوك أشتريه فيما يستقبل حر صار موليا عندهما خلافا لابي يوسف وهو رواية عنهما وكذا لو قال فكل امرأة أتزوجها فهي طالق يصير موليا عندهما خلافا لابي يوسف ولو قال كل امرأة أتزوجها من أهل الاسلام يصير موليا وعلى هذا لو قال لا أقربك حتى أعتق عبدي أو حتى أطلق فلانة أو حتى أطلقك يصير موليا عندهما خلافا له لانه يمكنه القربان بلا شئ بان لا يشتري عبدا ولا يتزوج وبتقديم الغاية قلنا لم يمكنه الا بضرر لازم اذ اللزوم لاجل قربانها كاللزوم به واعلم ان الاصل انه متى جعل لميمنه غاية لا توجد في المدة كقوله والله لا أقربك حتى تطلع الشمس من مغربها أو حتى يخرج يأجوج ومأجوج أو ينزل عيسى عليه الصلاة والسلام أو حتى يخرج الدجال أو الدابة فهو مول استحسانا بناء على الظاهر وان احتمل القرب وقت التكلم به وكذا اذا كانت الغاية لا تتصور مع بقاء النكاح كقوله حتى أموت أو تموتي أو أقتلك أو تقتليني أو أبينك وان كانت توجد في المدة لكنها تصلح جزاء نحو حتى أعتق عبدي أو أطلق فلانة كان موليا عندهما خلافا لابي يوسف وقد عرفت الوجه (قوله وفيه خلاف أبي يوسف) أي في ثبوت الايلاء بالحلف بعتق عبده المعين فان ضمير فيه لعتق عبده وهو المعين لا المبهم فان تعليله لا يتم فيه

قال (ولو حلف بحج أو بصوم) لما فرغ من بيان اليمين بالله في الايلاء شرع في بيان اليمين بغير الله بذكر الشرط والجزاء بان يعلق قربانها بحج أو صوم أو صدقة أو طلاق أو عتق فانه يصير موليا لتحقق المنع باليمين بذكر الشرط والجزاء وكلامه واضح

وقوله (البيع موهوم) يعني لان الاصل عدم مايحدث (فلا يمنع المانعية فيه) أي في الايلاء ولكن ان باع العبد سقط الايلاء عنه لانه صار بحال يملك قربانها من غير أن يلزمه شيء فان اشتراه لزمه الايلاء من وقت الشراء لانه صار بحال لا يملك قربانها الا بعتق يلزمه ولو كان جامعها بعد ما باعه ثم اشتراه لم يكن موليا لان اليمين قد سقطت لوجود شرط الحنث بعد بيع العبد وان مات العبد قبل ان يبيعه سقط الايلاء لانه يتمكن من قربانها بعد موته من غير ان يلزمه شيء وقوله (وان آلى من المطلقة الرجعية)

وهما يقولان البيع موهوم فلا يمنع المانعية فيه والحلف بالطلاق أن يعلق بقربانها طلاقها أو طلاق صاحبتها وكل ذلك مانع (وان آلى من المطلقة الرجعية كان موليا وان آلى من البائنة لم يكن موليا) لان الزوجية قائمة في الاولى دون الثانية ومحل الايلاء من تكون من نسائنا بالنص فلو انقضت العدة قبل انقضاء مدة الايلاء سقط الايلاء لفوات المحلية (ولو قال لاجنبية والله لا أقربك أو أنت علي كظهر أمي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا) لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك (وان قربها كفر) لتحقق الحنث

(قوله البيع موهوم) أي غير مقدور له بنفسه لتوقفه على غيره من المشترين وقد لا يجد مشتريا في المدة فتمضي قبل وجوده بخلاف الاخراج من الكوفة لانه مقدور له وهو وان توقف على امتثالها أيضا لكن امتثالها واجب والوجوب طريق الوجود بخلاف امتثال المشتري واذا كان موهوما فلا يمنع المانعية الكائنة في الجزاء وهو عتق العبد بالقربان ولو باع هذا العبد سقط الايلاء لانه صار بحال يمكنه قربانها بغير شيء ولو ملكه بسبب شراء أو غيره عاد الايلاء من وقت الملك ان لم يكن وطئها قبله فان كان وطئها قبل تجدد الملك لم يعد لسقوط اليمين ولو مات العبد قبل البيع سقط الايلاء لقدرته على الوطء بغير شيء وعلى هذا التفصيل موت المرأة المعلق طلاقها أو ابانتها ثم تزوجها (قوله وان آلى من المطلقة الرجعية كان موليا) باتفاق الائمة الاربعة بخلافه من البائنة فان كانت من ذوات الاقراء فلاحتمال امتداد طهرها وان كانت تعتد بالاشهر الثلاثة فلاحتمال رجعتها فينعقد الايلاء ممتدا الى ما بعد الرجعة فان لم يطأها حتى مضى شهر من الرجعة بانت وهو مشكل على قول من يرى زوال الزوجية بالطلقة الرجعية وحرمة الوطء كالبائنة وعلى قولنا من حيث انه لا حق لها في الجماع فلا يكون بالمنع ظالما والجواب أن العبرة في المنصوص عليه لعين النص لا لمعنى النص والمطلقة الرجعية من نسائنا بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن والبعل الزوج حقيقة على ما أسلفناه في أول باب الرجعة فكانت المرأة من نسائه فيشملها نص الايلاء ألا ترى انه يثبت الايلاء وان أسقطت حقها في الجماع لخوف الغيل على ولد أو غيره فعلم ان التعليل بالظلم باعتبار بناء الاحكام على الغالب بخلاف البائن لانتفاء اسم الزوج حقيقة فينتفي كونها من نسائنا وقيل انما لم يكن موليا من البائنة لان الايلاء تعليق طلاق بائن على مضي المدة بلا قربان والمطلقة البائنة لا يلحقها طلاق بائن منجز ولا معلق يعني اذا كان التعليق بعد الابانة لما قدمنا من انه اذا كان قبلها فوجد الشرط في عدتها من البائن يلحق وهذا الحصر يقتضي انه لولا هذا لصح الايلاء منها وليس كذلك لعدم الزوجية ونسائنا والحق ان مبنى عدم لحوق البائنة هو مبنى عدم الايلاء منها وهو عدم الزوجية فالاسناد اليه أولى ثم لا يخفى ان تخلف العلة في محل واحد نقض الا لمانع فالحق ان الظلم حكمة ونفس الايلاء هو العلة فلا يلزم وجوده دائما (قوله لان هذا الكلام في مخرجه وقع باطلا لعدم المحلية) وهي كونها من نسائنا في الايلاء والظهار قال تعالى الذين يؤلون من نسائهم وقال تعالى والذين يظاهرون من نسائهم فلا بد من كونها محلا وقت التكلم بالايلاء والظهار أو وقت وجود شرطهما المتعارف في باب الايمان بالطلاق ان الاضافة الى سبب الملك صحيحة وكذا في الايلاء والظهار

ظاهر واعترض بأن الايلاء جزاء الظلم بمنع حقها في الجماع والمطلقة الرجعية ليس لها حق في الجماع لا قضاء ولا ديانة ولهذا لم يكن لها ولاية المطالبة بذلك حتى كان المستحب للزوج ان يراجعها بدون الجماع فلا يكون الزوج ظالما فينبغي ان لا يترتب عليه جزاء الظلم الذي هو الايلاء وأجاب العلامة شمس الأئمة الكردري بأن الحكم في المنصوص مضاف إلى النص لا إلى المعنى والمطلقة الرجعية من نسائنا بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن والبعل هو الزوج وكانت المرأة من نسائه وكان الحكم المرتب على نساء الأزواج بقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم مرتبا على المطلقة الرجعية (ولو قال لاجنبية والله لا أقربك أو أنت علي كظهر أمي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية) إذ المحل نساؤنا بالنص فكان كبيع الميتة فيكون باطلا (فلا ينقلب بعد ذلك صحيحا فان قربها كفر) لتحقق الحنث

(قوله لان الاصل عدم مايحدث) أقول فيه بحث اذ الاخراج من الكوفة أيضا كذلك (قوله وأجاب العلامة شمس الائمة الكردري) أقول وهو أول من قرأ الهداية على المصنف رحمهما الله ثم أقول يستفاد هذا الجواب من كلام المصنف فالاظهر اسناد الاجابة الى المصنف كما هو دأبه في أمثاله

وحرمته ألا ترى انه لو قال والله لأشربن الخمر في هذا اليوم فمضى اليوم ولم يشرب حنث وان كان الفعل حراما محضا (ومدة ايلاء الامة شهران) وقال الشافعي مدة ايلائها كمدة ايلاء الحرة لانها مدة ضربت لاظهار الظلم بمنع الحق في الجماع والحرة والامة في ذلك سواء (ولنا ان هذه مدة ضربت أجلا للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة) وقوله (وان كان المولى مريضا) هذه المسئلة على ثلاثة أوجه أحدها انه آلى وهو صحيح وبقي بعد ايلائه صحيحا مقدارا يستطيع فيه أن يجامعها ثم مرض بعد ذلك وفيؤه بالجماع عندنا خلافا لزفر لان المعتبر آخر المدة وهو عاجز عنده فكان كواجد الماء في أول الوقت فلم يتوضأ به حتى عدم الماء جاز له التيمم وقلنا لما تمكن من جماعها فقد تحقق منه الظلم بمنع حقها في الجماع فلا يكون رجوعه الا بايفاء حقها في الجماع والثاني انه آلى وهو مريض وتم أربعة أشهر وهو مريض وفيؤه ان يقول بلسانه فئت اليها فان قال ذلك سقط الايلاء عندنا

إذا اليمين منعقدة في حقه (ومدة ايلاء الامة شهران) لان هذه مدة ضربت أجلا للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة (وان كان المولى مريضا لا يقدر على الجماع أو كانت مريضة أو رتقاء أو صغيرة لا تجامع أو كانت بينهما مسافة لا يقدر ان يصل اليها في مدة الايلاء ففيؤه ان يقول بلسانه فئت إليها في مدة الايلاء فان قال ذلك سقط الايلاء)

والظهار فاذا قال ان تزوجتك فوالله لا أقربك وقع صحيحا وكذا ان تزوجتك فأنت علي كظهر أمي الا انه لا ينعقد الايلاء والظهار الا عقيب التزوج بها لانها اذ ذاك تصير محلا لا قبله ولان الظهار لما كان تشبيه المحللة بالمحرمة استدعى انعقاده قيام حل وطئها (قوله اذا اليمين منعقدة في حقه) أي في حق الوطء لان انعقاد اليمين يعتمد التصور حسا لا شرعا ألا ترى انها تنعقد على ما هو معصية (قوله كمدة العدة) أي في الطلاق الرجعي فيتنصف بالرق لانه من حقوق النكاح وعند مالك والشافعي رحمهما الله تستوى مدة ايلاء الحرة والامة والقياس على مدة العدة بجامع كونها تربص هو أجل للبينونة كالعدة مدفوع فان البينونة لا تحصل عند الشافعي بانقضاء المدة وأيضا تربص العدة للخطر وتعرف الفراغ وهو المؤثر وهو منتف في تربص الايلاء والاوجه الاستواء لعموم نص الايلاء لان الامة من نسائنا ولان ضرب الايلاء لعذر الزوج ورفقا جريا على عادته تعالى من عدم المعاجلة بالعقوبة فأخرت عقوبته الدنيوية بظلمه الى انقضاء أربعة أشهر وهذا المعنى لا يختلف في الحرة والامة (قوله وان كان المولى مريضا لا يقدر على الجماع) لا فرق بين كون عدم العذر للمرض أو للجب كما أنه في حقها لا فرق بين كون المانع مرضها أو الرتق أو القرن ومن الناس من منع ايلاء المجبوب ومن الرتقاء والقرناء لانه لا يجب عليه الجماع فلا ظلم وجوابه ما قلنا في المطلقة الرجعية ولان هذا تعليل فيه ابطال حكم النص وذلك باطل وفي جوامع الفقه لو عجز عن جماعها لرتقها أو قرنها أو صغرها أو بالجب أو العنة أو كان أسيرا في دار الحرب أو لكونها ممتنعة أو كانت في مكان لا يعرفه وهي ناشزة أو بينهما أربعة أشهر أو حال القاضي بينهما بالشهادة الطلاق الثلاث ففيؤه باللسان بأن يقول فئت اليها أو رجعت عما قلت أو راجعتها أو ارتجعتها أو أبطلت ايلاءها واختلف في الحبس صحح الفيء باللسان بسببه في البدائع وفي شرح الطحاوي لو آلى وهي مجنونة أو هو محبوس أو كان بينهما أقل من أربعة أشهر الا أن السلطان يمنعه أو العدو لا يكون فيؤه باللسان وهو جواب الرواية نص عليه الحاكم في الكافي ووفق بحمل ما في الكافي وشرح الطحاوي على امكان الوصول الى السجن بأن تدخل عليه فيجامعها ومنع السلطان والعدو نادر على شرف الزوال والحبس بحق لا يعتبر في الفيء باللسان وبظلم يعتبر وهل يكفي الرضا بالقلب من المريض قيل نعم حتى ان صدقته كان فيأ وقيل لا وهو أوجه ثم هذا ان كان عاجزا من وقت الايلاء الى ان تمضي أربعة أشهر حتى لو آلى منها وهو قادر فمكث قدر ما يمكنه جماعها ثم عرض له العجز بمرض أو بعد مسافة أو حبس أو جب أو أسر ونحو ذلك أو كان عاجزا حين آلى وزال العجز في المدة لم يصح فيؤه باللسان خلافا لزفر في غير الاخيرة فان العجز ثابت وهو المدار فلنا لما تمكن ولم يفعل فقد تحقق منه الاضرار فلا يكون فيؤه الا بايفاء حقها بالجماع بخلاف ما اذا استوعب العجز المدة لانه لم يكن لها حق فيها فكان ظلمه في الايلاء بأذى اللسان ففيؤه الذي هو توبته بتطييب قلبها به لان التوبة على حسب الجناية ولو آلى ايلاء مؤبدا وهو مريض فبانت بمضي المدة ثم صح وتزوجها وهو مريض ففاء بلسانه لم يصح عند أبي حنيفة ومحمد وصح عند أبي يوسف وهو الاصح على ما قالوا لان الايلاء وجد منه وهو مريض وعاد حكمه وهو مريض وفي زمان الصحة هي مبانة لا حق لها في الوطء فلا يعود حكم الايلاء فيه وهما يقولان ان ذلك بتقصير منه فانه كان عليه الفيء باللسان قبل مضي المدة ولا تبين ولو كان المانع شرعيا بأن كان محرما

(قوله فلا يكون رجوعه الا بايفاء حقها في الجماع) أقول وليس هذا كالمتيمم في هذا الحكم فانه مسبب باختياره بطريق محظور فيما لزمه فلا يستحق تخفيفا

(وقال الشافعي لافيء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوى لانه لو كان فيأ لكان حنثا) لان الفيء يستلزم حكمين وجوب الكفارة وانتفاء الفرقة ثم الفيء باللسان لا يعتبر في أحد الحكمين وهو الكفارة فكذلك في الآخر (ولنا انه آذاها بذكر المنع) لان الزوج إذا كان عاجزا عن الجماع حال الايلاء لم يكن قصده الاضرار بمنع حقها في الجماع إذ لا حق لها فيه حينئذ وانما قصده الايحاش باللسان ومثل ذلك ظلم يرتفع باللسان و إذا أرضاها باللسان ارتفع الظلم لان التوبة بحسب الجناية فلا يجازى بالطلاق ولا يلزم من كونه فيأ على هذا الوجه أن تجب الكفارة لانها جزاء الحنث والحنث لا يتحقق بالفيء باللسان فان قيل إذا كان المولى مريضا وقت الايلاء وجب ان لا يتحقق الايلاء لعدم الظلم بمنع حقها إذ ليس لها حق في الجماع اذ ذاك فالجواب ما نقلناه عن العلامة شمس الأئمة الكردرى وقد ذكره شمس الأئمة السرخسي في أول كتاب البيوع والثالث انه آلى وهو مريض وقدر على الجماع في المدة وفيؤه بالجماع سواء كان فاء إليها في مرضه بالقول أو لم يفئ أما إذا لم يفئ فظاهر وكذلك إذا فاء لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف ولقائل ان يقول المولى إذا كان مريضا حال الايلاء لا نسلم ان الاصل في فيئه الجماع لما ذكرنا آنفا انه آذاها بذكر المنع فيكون إرضاؤها بالوعد باللسان والجواب ان المرض قد يطول وقد يقصر فعلى تقدير ان يقصر عن مدة الايلاء ويقدر على الجماع صار ظالما بمنع حقها في الجماع وتبين ان قصده في الابتداء لم يكن الا منع الحق بالجماع والاصل في الفيء حينئذ الجماع ولكن في اطلاق الخلف بعض تسامح على قود كلامه فتأمل (وإذا قال لامرأته أنت على حرام سئل عن نيته) لانه يحتمل وجوها لا يمتاز بعضها عن بعض الا بالارادة (فان قال أردت الكذب فهو كما قال) لا يقع طلاق ولا يكون ايلاء ولا ظهارا بالنية (لانه نوى حقيقة كلامه) لان المرأة كانت حلالا له فقوله أنت حرام خبر ليس بمطابق للواقع فيكون كذبا وفيه نظر لان الكذب اذا كان حقيقة كلامه وجب ان ينصرف إليه ولا ينصرف الى غيره الا بقرينة أو نية لان الحقيقة لا تحتاج الى شيء من ذلك (وقيل لا يصدق في القضاء) ذكر الطحاوى والكرخى في مختصريهما ان القاضى لا يصدقه في ابطال الايلاء (لانه يمين ظاهرا) لكونه تحريم الحلال كما ذكره

وقال الشافعي لافيء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوى لانه لو كان فيأ لكان حنثا ولنا انه آذاها بذكر المنع فيكون ارضاؤها بالوعد باللسان واذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق (ولو قدر على الجماع في المدة بطل ذلك الفيء وصار فيؤه بالجماع) لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف (واذا قال لامرأته أنت على حرام سئل عن نيته فان قال أردت الكذب فهو كما قال لانه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصدق في القضاء لانه يمين ظاهرا

والى وقت أفعال الحج أربعة أشهر فصاعدا فالفيء بالجماع وعند زفر باللسان وهو رواية عن أبي يوسف لان الاحرام مانع من الجماع شرعا فثبت العجز فكان فيؤه باللسان وهما اعتبرا العجز الحقيقي وهو منتف وهذا لانه المتسبب باختياره بطريق محظور فيما لزمه فلا يستحق تخفيفا (قوله وقال الشافعي لافيء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوى لانه لو كان فيأ لكان حنثا) وضعف هذا لا يخفى على من له شمة لانه حلف على الجماع فكيف يحنث بفعل غيره فان أراد بقوله لو كان فيأ لكان حنثا لان الفيء لا يكون الا بالجماع ولو كان فيأ لكان بالجماع فكان حنثا لزم صريح المصادرة والنص وهو قوله تعالى فان فاؤا لا يوجب تعين كون الفيء الجماع لان معناه فان رجعوا عن عزمهم على ذلك الظلم وذلك يحصل بارضائها بالجماع وبارضائها بالقول ووعد الجماع عند عجزه وهي مشاهدة لعجزه ذلك فلا يتم ما قالاه والحق ان مذهب الشافعي ومالك وأحمد كقولنا ولو وطئها بعد الفيء باللسان في مدة الايلاء لزمه كفارة لتحقق الحنث لان يمينه باقية في حق الحنث وان بطلت في حق الطلاق (قوله وصار فيؤه بالجماع) حتى لو لم يجامعها حتى مضت المدة وقع الطلاق وهذا لان المقصود عدم وقوع الطلاق عند تمام المدة وهذا فرع تمامها ولم تتم حتى قدر على الاصل وهو الجماع قبل حصول المقصود من البدل فيبطل حكم الخلف كالمتيمم اذا رأى الماء (قوله سئل عن نيته) هذا هو المذكور في كتب محمد رحمه الله وهو جواب الرواية لان بيان المجمل على المجمل وهو ظاهر الرواية وهو قول أبي بكر وعمر وابن مسعود وعائشة والحسن البصرى وعطاء وطاوس وابن المسيب وسعيد بن جبير وغيرهم وعن على وزيد بن ثابت وابن عمر وابن أبي ليلى ومالك ان الحرام ثلاثة الا أن مالكا قال ينوى في غير المدخولة ويروى عن على رضى الله عنه التوقف وفيه نحو احد عشر مذهبا غير ما ذكرنا (قوله لانه نوى حقيقة كلامه) اذ حقيقته وصفها بالحرمة وهي موصوفة بالحل فكان كذبا وعن هذا قال مسروق والشعبى في التحريم انه كتحريم قصعة من ثريد ليس بشيء وأورد لو كان حقيقة كلامه لانصرف اليه بلا نية لكنكم تقولون عند عدم النية ينصرف الى اليمين والجواب ان هذه حقيقة أولى فلا تنال الا

(قوله اذ لا حق لها فيه) أقول لسقوطه بعذر وهو عدم قدرة الرجل أو عدم قابلية المرأة كسقوط وجوب الوضوء بعذر (قوله لا نسلم ان الاصل في فيئه الجماع) أقول يمكن أن يستدل على المقدمة الممنوعة بقوله تعالى فان فاؤا فان الله غفور رحيم فان وعد المغفرة انما يكون اذا حنث وذلك بالجماع فانهم اتفقوا على ان وعد المغفرة على الفيء لا الايلاء كما سبق

(وان قال أردت الطلاق) فان لم ينو شيأ من العدد أو نوى واحدة أو ثنتين (فهى واحدة بائنة وان نوى الثلاث فثلاث) لانه من الكنايات وقد تقدم البحث فيها (وان قال أردت الظهار فهو ظهار فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد ليس بظهار) نقله شمس الأئمة السرخسى عن النوادر لمحمد ان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وهو الركن فيه ولا تشبيه ههنا فلا يكون ظهارا (ولهما أنه أطلق الحرمة) وهى تحتمل أنواعا والظهار نوع منها فيكون من محتملات مطلق الحرمة ومن نوى محتمل كلامه صدق (وان قال أردت التحريم أولم أرد شيأ فهو يمين يصير به موليا) فان قربها كفر وان لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بالايلاء اما اذا أراد التحريم (فلان الاصل فى تحريم الحلال انما هو اليمين عندنا) لقوله تعالى يا أيها النبى لم تحرم ما أحل الله لك الى قوله قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم واما اذا لم يرد شيأ فلان الحرمة الثابتة باليمين أدنى الحرمات لان فى الايلاء الوطء حلال قبل الكفارة وفى الظهار ليس كذلك ولان الحرمة فى الايلاء لا تثبت فى الحال مالم تنقض أربعة أشهر وفى الظهار تثبت فى الحال واذا أريد به الطلاق وقع بائنا ويحرم الوطء والايلاء لا يحرم الوطء فلما كانت حرمة اليمين أدنى الحرمات تعينت لتيقنها وسيجىء الكلام فيه فى الايمان ان شاء الله تعالى (ومن مشايخنا من يصرف لفظ التحريم الى الطلاق بدون النية) قال أبو بكر الاسكاف وأبو جعفر الهندوانى وأبو بكر بن سعيد قال الفقيه أبو الليث وبه نأخذ لان العادة جرت فيما بين الناس فى زماننا هذا انهم يريدون بهذا اللفظ الطلاق والله تعالى أعلم

(وان قال أردت الطلاق فهى تطليقة بائنة الا أن ينوى الثلاث) وقد ذكرناه فى الكنايات (وان قال أردت الظهار فهو ظهار) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو الركن فيه ولهما انه أطلق الحرمة وفى الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد (وان قال أردت التحريم أولم أرد به شيأ فهو يمين يصير به موليا) لان الاصل فى تحريم الحلال انما هو يمين عندنا وسنذكره فى الايمان إن شاء الله ومن المشايخ من يصرف لفظة التحريم الى الطلاق من غير نية بحكم العرف والله أعلم بالصواب

بالنية واليمين الحقيقة الثانية الثابتة بواسطة الاشتهار وقيل لا يصدق فى القضاء قاله شمس الائمة السرخسى بل فيما بينه وبين الله تعالى لانه يمين ظاهرا لان تحريم الحلال يمين بالنص وهو قوله تعالى يا أيها النبى لم تحرم ما أحل الله لك الى أن قال قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم فلا يصدق فى القضاء فى نيته خلاف الظاهر وهذا هو الصواب على ما عليه العمل والفتوى كما سنذكر والاول قول الحلوانى وهو ظاهر الرواية لكن الفتوى على العرف الحادث (قوله الا أن ينوى الثلاث) ولا تصح نية الثنتين الا فى الامة خلافا لزفر والزهرى ومر فى الكنايات والتفصيل فيه بين كون الحالة حالة مذاكرة الطلاق أولا ولو طلق امرأته طلقة ثم قال أنت على حرام ونوى ثنتين لم يقع شئ ولو نوى الثلاث وقعت ثنتان فكملت الثلاث (قوله وان قال أردت الظهار فهو ظهار) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف كذا ذكره القدورى وليس مذكورا فى ظاهر الرواية ولذا لم يذكره الحاكم الشهيد فى مختصره ولا الطحاوى وانما نقله شمس الأئمة عنهما من النوادر خلافا لمحمد وجه قوله ان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وهو منتف وفى جوامع الفقه نقل عن محمد انه ظهار اذا نوى به الظهار على ما عرف النقل به عنه (قوله ولهما انه أطلق الحرمة الخ) حاصله ان الحرمة أعم من الحرمة التى هى ظهار أولا والاعم يحتمل الخصوصيات فنية الظهار نية محتمل كلامه لا نية خلاف ظاهره فيصدق قضاء (قوله وان قال أردت التحريم أولم أرد به شيأ فهو يمين يصير به موليا) ونص فى المحيط انه خلاف قول محمد حيث قال فان نوى اليمين أولم ينو شيأ كان يمينا وينصرف الى الطعام والشراب ولا تدخل امرأته الا بالنية هكذا قال محمد ومن مشايخ بلخ من قال تدخل امرأته بلا نية فتبين وصحح فى هذا الزمان وسئل نجم الدين عن امرأة قالت لزوجها حلال الله عليك حرام فقال نعم تحرم هذه المرأة على زوجها قال نعم وكذلك حلال المسلمين ثم على قول محمد رحمه الله اذا نوى امرأته حتى دخلت لا يخرج الطعام والشراب عن اليمين فيحنث بأى ذلك وجد فاذا تناول شيأ من الطعام أو الشراب حنث وانقضى حكم يمينه حتى لو قرب امرأته بعد ذلك لا يحنث ولا فرق بين أن يتناول قليلا أو كثيرا بخلاف ما اذا حلف لا يأكل هذا الطعام وهو مما يستوفيه واحد لا يحنث مالم يستوف جميعه وكذا لا يدخل اللباس الا بالنية واذا دخل لا يخرج الطعام والشراب ولو نوى الطعام والشراب فهو كما نوى ولو نوى الطلاق فى نسائه واليمين فى نعم الله تعالى فهو طلاق ويمين (قوله ومن المشايخ) هم المتأخرون لما ظهر من العرف فى ذلك حتى لو قال لامرأته ان تزوجتك فحلال الله على حرام فتزوجها تطلق ولهذا لا يحلف به الا الرجال ولو قالت هى أنا عليك حرام كان يمينا وان لم تنو فلو مكنته حنثت وكفرت فصار كما اذا تلفظ بطلاقها غيرناو تطلق للصراحة والعرف هو الموجب لثبوت الصراحة وعن هذا قالوا لو نوى غير الطلاق لا يصدق

فى القضاء بل فيما بينه وبين الله تعالى قال الاستاذ ظهير الدين المرغينانى لا أقول لا تشترط النية لكن يجعل ناويا عرفا ولا فرق بين قوله أنت على حرام أو حرمتك على أو لم يقل على أو أنت محرمة على أو لم يقل على أو أنا عليك حرام أو محرم أو حرمت نفسى عليك ويشترط قوله عليك فى تحريم نفسه فلو لم يقله لا تطلق وان نوى الطلاق بخلاف نفسها وقوله أنت معى فى الحرام بمنزلة قوله أنت على حرام وفى الفتاوى لو قال لامرأته أنت على حرام أو حلال الله على حرام فهو على ثلاثة أوجه اما ان كانت له امرأة أو أربع أو لم يكن له امرأة ان كان له واحدة فقد ذكرنا وان كان له أربع طلقت كل واحدة تطليقة وان لم يكن له امرأة لزمه كفارة يمين وعلى فتوى الاوزجندى والامام مسعود الكشانى يقع واحدة وعليه البيان قال فى الذخيرة والخلاصة هو الاشبه وعندى ان الاشبه ما فى الفتاوى لان قوله حلال الله أو حلال المسلمين يعم كل زوجة فاذا كان فيه عرف فى الطلاق يكون بمنزلة قوله هن طوالق لان حلال الله شملهن على سبيل الاستغراق لا على سبيل البدل كما فى قوله احداكن طالق وحيث وقع الطلاق بهذا اللفظ وقع بائنا ولو قال ان فعلت كذا فحلال الله على حرام ثم قال لامرئ آخر ان فعلت كذا فحلال الله على حرام ففعل أحدهما حتى وقع طلاق بائن ثم فعل الآخر قال الامام ظهير الدين ينبغى أن يقع كما لو قال معلقا دون الاول ﴿ فروع ﴾ تتعلق بالايلاء لو قال لا اقربك ما دمت امرأتى فأبانها ثم تزوجها لم يصر موليا ويقربها بلا حنث ولو قال ان قربتك فعلى ان أنحر ولدى صح الايلاء خلافا لزفر بناء على انه يلزم بنذر ذبح الولد ذبح شاة عندهم ولا يلزم فيه شئ عند زفر ومالك يوجب فيه نحر جزور وروى عن أبى يوسف مثل قول زفر وهو قول الشافعى وهو الاوجه لانه نذر معصية ولو جن المولى ووطئها انحلت وسقط الايلاء ولو قال لنسائه الاربع والله لا أقربكن يكون موليا من كلهن حتى لو مضت أربعة أشهر بن جميعا وقال زفر لا يكون موليا ما لم يطأ ثلاثا منهن لان الحنث انما يقع اذا وطئ الكل فقربان الثلاث يمكنه بغير حنث فلا يكون موليا منهن بل من الرابعة فكأنه قال ان قربت ثلاثا منكن فوالله لا أقرب الرابعة قلنا قصد الاضرار بهن كلهن فيكون موليا منهن فلما لم يوجد وطء جميعهن لا يتحقق الحنث واذا وجد يضاف الحنث الى وطء كلهن لا الى الرابعة فقط بخلاف ما قاس عليه لانه يمين معلقة فلا تنعقد ما لم يوجد شرطها ولو قال لهن والله لا أقرب احداكن جعلناه موليا من واحدة وقال زفر مول من الاربع حتى لو مضت أربعة أشهر ولم يقرب احداهن بانت واحدة منهن وعلى الزوج ان يعينها وعنده بن كلهن لان قوله احداكن وواحدة منكن سواء ولو قال لا أقرب واحدة منكن يصير موليا منهن جميعا فكذا هذا قلنا احداكن لا تعم لانه معرفة ولذا لا يصح ان يقال لكل احداهن على درهم واما واحدة منكن فنكرة منفية فتعم ولذا صح لكل واحدة على درهم ولو قال لزوجتيه والله لا أقرب احدا كما فمضت المدة بانت واحدة واليه البيان ولو بين قبل مضى المدة لا يصح كما لو علق طلاق احداهن بمجئ الغد وبين قبل الغد واذا بين بعد المدة وتعينت المبانة ثم مضت أربعة أشهر أخرى فعند أبى يوسف لا تبين الاخرى وكذا اذا لم يبين وقالا تبين لان اليمين باقية ما لم يحنث ولما زالت مزاحمة الاولى بالبيان تعينت الاخرى للايلاء كما لو ماتت احداهما وله انه آلى من احداهما لا منهما واحدى هنا ليست نكرة حتى تعم لانها مضافة وتعينت فلا تبين الاخرى وفى المحيط لو قال أنتما على حرام يكون موليا من كل واحدة منهما ويحنث بوطئها ولو قال والله لا أقربكما لا يحنث الا بوطئهما والفرق ان هتك حرمة اسمه تعالى لا تتحقق الا بوطئهما وفى قوله أنتما على حرام صار ايلاء باعتبار معنى التحريم وهو موجود فى كل منهما ولو آلى ثم ارتد ثم أسلم ثم تزوجها يكون موليا عند أبى حنيفة وروى أبو يوسف عنه انه يبطل ايلاؤه واذا اختلفا فى الفئ مع بقاء المدة فالقول له لانه يملك الفئ وبعد مضى المدة فالقول لها لانه ادعى الفئ فى حالة لا يملكه فيها والله سبحانه الموفق

أخر الخلع عن الايلاء لمعنيين أحدهما ان الايلاء لتجرده عن المال كان أقرب الى الطلاق بخلاف الخلع فان فيه معنى المعاوضة من جانب المرأة والثاني ان مبنى الايلاء نشوز من قبل الزوج والخلع نشوز من قبل المرأة غالبا فقدم ما بالرجل على ما بالمرأة والخلع بالضم اسم من قولهم خالعت المرأة زوجها واختلعت منه بمالها وهو في الشريعة عبارة عن أخذ مال من المرأة بازاء ملك النكاح بلفظ الخلع وشرطه شرط الطلاق وحكمه وقوع الطلاق البائن وصفته انه من جانب المرأة معاوضة على قول أبي حنيفة وعين من الجانبين عندهما على ما سيأتي بيان ثمرة الخلاف (اذا تشاق الزوجان) أي تخاصما وصار كل منهما في شق أي جانب (وخافا أن لا يقيما حدود الله) أي ما يلزمهما من حقوق الزوجية فلا بأس بأن تفتدي المرأة نفسها منه بمال تبذله لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به) أي فلا جناح على الرجل فيما أخذ ولا على المرأة فيما أعطت سمى الله تعالى ما أعطته فداء من فداء من الاسر اذا استنقذه لما أن النساء عوان عند الازواج بالحديث وكان المال الذي يعطى في تخليصهن فداء (فاذا فعلا ذلك وقع طلاق بائن ولزمها المال لقوله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة) روى ذلك عن عمر وعلى وابن مسعود موقوفا عليهم ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم

﴿ باب الخلع ﴾

(واذا تشاق الزوجان وخافا أن لا يقيما حدود الله فلا بأس بأن تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به) لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به (فاذا فعلا ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال لقوله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة

﴿ باب الخلع ﴾

هو لغة النزع خلع ثوبه ونعله ومنه خالعت المرأة زوجها اذا افتدت منه بمال وخالعها وتخالعا صيغ منها المفاعلة ملاحظة لملابسة كل الآخر كالثوب قال تعالى هن لباس لكم وأنتم لباس لهن وفي الشرع أخذ المال بازاء ملك النكاح والاولى قول بعضهم ازالة ملك النكاح بلفظ الخلع لاتحاد جنسه مع المفهوم اللغوي والفرق بخصوص المتعلق والقيد الزائد وقول بعضهم هو ازالة ملك النكاح ببدل ولا بد من زيادة قولنا بلفظ الخلع فيه وببدل فيما يليه فالصحيح ازالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع فان الطلاق على مال ليس هو الخلع بل في حكمه من وقوع البينونة لا مطلقا والا لجرى فيه الخلاف في أنه فسخ وفي سقوط المهر لو كان المال المسمى غيره وهو منتف ولو قيل انه بالمفهوم الشرعي مما صدقات المفهوم اللغوي لان النزع مطلقا أعم من كون متعلقه أمرا حسيا أو معنويا كقيد النكاح بمقابلة شئ أولا لم يبعد ولا ينافي ذلك النقل كما غلط من جعل أصول الفقه غير منقول لاندراج حقيقته في مطلق مسمى الاصول لغة لان تخصيص الاسم بالاخص بعد كونه للاعم الصادق عليه وعلى غيره نقل بلا شك وشرطه شرط الطلاق وحكمه وقوع الطلاق البائن عندنا وصفته انه يمين من جانب الزوج معاوضة من جانبها فتراعى أحكام اليمين من جانبه وأحكام المعاوضة من جانبها عند أبي حنيفة وعندهما هو يمين من الجانبين وستأتي ثمرة الخلاف (**قوله** اذا تشاق الزوجان) أي تخاصما (وخافا) أي علما كقوله

ولا تدفنني في الفلاة فانني * أخاف اذا مامت ان لا أذوقها

أي اعلم وحدود الله تعالى ما حدده من المواجب التي أمر أن لا تتجاوز وهذا الشرط خرج مخرج الغالب اذ الباعث على الاختلاع غالبا ذلك لا أنه شرط معتبر المفهوم وهو مشاقتهما كذا قيل وقد يقال بجواب المسئلة في كلام القدوري الاباحة فانه قال لا بأس أن تفتدي نفسها منه بمال واباحة الاخذ منها مشروطة بمشاقتها فهو معتبر شرطا في ذلك (**قوله** فاذا فعلا ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال) هذا حكم الخلع عند جماهير الائمة من السلف والخلف وذهب المزني الى أن الخلع غير مشروع أصلا وقيدت الظاهرية صحته بما اذا كرهته وخاف أن لا يوفيها حقها او ان لا توفيه حقه ومنعته اذا كرهها هو وقال قوم لا يجوز الا باذن السلطان روى عن ابن سيرين وسعيد بن جبير والحسن وقالت الحنابلة لا يقع بالخلع طلاق بل هو فسخ بشرط عدم نية الطلاق

﴿ باب الخلع ﴾

(قوله والخلع نشوز) أقول أي مبنى الخلع (قوله فقدم ما بالرجل الخ) أقول ولانه لا يحصل الفرقة بالايلاء الا بعد مدة بخلاف الخلع فكان نسبة الايلاء الى الخلع نسبة الطلاق الرجعي الى البائن (قوله وحكمه وقوع الطلاق البائن) أقول يعني عندنا (قوله انه من جانب المرأة معاوضة الخ) أقول وعين من جانب الزوج **قال المصنف** (واذا تشاق الزوجان) أقول قال ابن الهمام هذا الشرط خرج مخرج الغالب اذ الباعث على الاختلاع غالبا ذلك لا انه شرط معتبر المفهوم وقد يقال جواب المسئلة في كلام القدوري الاباحة فانه قال لا بأس واباحة الاخذ مشروطة بمشاقتها اه وفيه نوع تأمل (قوله فاذا فعلا ذلك) أقول وقال الرجل خالعتها وقبلت المرأة

ولانه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات والواقع بالكناية بائن الا أن ذكر المال أغنى عن النية هنا ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة

لا ينقص عدد الطلاق وقال آخرون يقع ويكون رجعيا فان راجعها رد البدل الذي أخذه رواه عبد الرزاق عن معمر عن قتادة عن سعيد بن المسيب قال فكان الزهري يقول ذلك وجه قول المزني ان قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به نسخ حكمها بقوله تعالى وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيأ أجيب بأنه متوقف على العلم بتأخر هذه وعدم امكان الجمع والاول منتف وكذا الثاني ولان هذا النهي متعلق بما اذا أراد الزوج استبدال غيرها مكانها والآية الاخرى مطلقة فكيف تكون هذه ناسخة لها مطلقا نعم لو أراد بالنسخ تقدم حكمها على المطلقة في تلك الصورة أعني صورة ارادة الزوج الاستبدال بها من غير نشوزها كان حسنا وحاصله انه يجب تقديم هذا الخاص على العام وهو حينئذ وجه مذهب الظاهر به فان قيل الجواب مبني على تقديم الخاص مطلقا فالجواب لا يصح لان هذا الموضع مما يجب فيه تقديم الخاص عندنا لانا اذا قلنا يتعارضان كان الحكم الثابت حينئذ وجوب الترجيح اذا أمكن والترجيح يثبت للمحرم على المبيح لان فيه الاحتياط وهو هنا في تقديم الخاص فيجب ان يقدم هذا الخاص هنا بحكم المعارضة لا بحكم التخصيص وكل موضع قدمنا فيه العام على الخاص عند تعارضهما في ذلك الفرد كان لثبوت الاحتياط بسبب كون حكم العام منعا والخاص يخرج منه بعض الافراد كما في لا صلاة بعد الفجر والعصر مع قوله صلى الله عليه وسلم لا تمنعوا أحدا طاف بهذا البيت وصلى أية ساعة شاء من ليل أو نهار وايجابا كقوله صلى الله عليه وسلم فيما سقت السماء العشر مع قوله ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة والا فنفس كونه عاما لا يقتضي التقدم لعين مفهومه بل لما يشتمل عليه من الاحتياط بل الجواب القول بموجبها وهو عدم حل الاخذ اذا كان النشوز من قبله وهو ما ذكر المصنف بقوله كره له ان يأخذ يعني كراهة التحريم المنتهضة سببا للعقاب وان قال الامام المحبوبي في جوابهم تأويل الآية في الحل والحرمة لا في منع وجوب المال وتملكه لان الحرمة لا تثبت مع معارضة موجبها فان المعارضة تنفي القطعية لتطرق احتمال نسخها بالمعارض لكنه اراد ما ذكرنا وسيأتي ما هو الحق فيه ان شاء الله تعالى

وجه قول الحنابلة وهو قول الشافعي في القديم ما روى عن طاوس عن ابن عباس الخلع فرقة وليست بطلاق رواه الدارقطني عنه وروى عبد الرزاق عنه لو طلق رجل امرأته تطليقتين ثم اختلعت منه حل له ان ينكحها قال ذكر الله تعالى الطلاق في أول الآية وفي آخرها والخلع بينهما وروى نافع مولى ابن عمر انه سمع ربيع بنت معوذ بن عفراء تخبر ابن عمر انها اختلعت من زوجها على عهد عثمان بن عفان فجاء عمها الى عثمان فقال ان ابنة معوذ اختلعت من زوجها اليوم أفتنتقل فقال عثمان لتنتقل ولا ميراث بينهما ولا عدة عليها الا أنها لا تنكح حتى تحيض حيضة خشية أن يكون بها حبل فقال ابن عمر عثمان خيرنا وأعلمنا فهؤلاء أربعة من الصحابة فان ربيع وعمها صحابيان قالوا ذلك ويستدل عليه أيضا بالآية قال تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان الى أن قال فلا جناح عليهما فيما افتدت به ثم قال فان طلقها يعني الثالثة المفاد ثم عقيبها بقوله تعالى أو تسريح باحسان على ما أسلفناه من التقرير في فصل فيما تحل به المطلقة فيكون الافتداء غير طلاق والا كان الطلاق أربعا والثاني منتف وأيضا فان النكاح عقد يقبل الفسخ وقد تحقق فسخه بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة فلا مانع من كونه كذلك في الافتداء قلنا أما هذا الاخير فحاصله انه وجه مجوز لكونه فسخا لا موجب كون الواقع في الواقع أحد الجائزين بعينه وهو أنه فسخ أو طلاق فلا يفيد وأما الآية فبالنظر الى نفس التركيب يفيد بعد غاية التنزل ان الافتداء فرقة ليس غير فان حاصل الثابت به كونه تعالى بعد ما أفاد شرعية

(ولانه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات) فاذا قال خالعتك ولم يذكر العوض ونوى به الطلاق وقع (والواقع بالكناية بائن) فاذا قيل لو صار من الكنايات لكانت النية شرطا وليست بشرط أجاب بقوله (الا أن ذكر المال أغنى عن النية ههنا) وقد قيل في بيانه ان الخلع يحتمل الانخلاع عن اللباس أو عن الخيرات أو عن النكاح فلما ذكر العوض تعين الانخلاع عن النكاح فلا يحتاج الى النية (ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة)

الثلاث و بين ذلك نص على حكم آخر هو جواز دفعها البدل تخلصا من قيد النكاح وأخذه منها من غير تعرض لكونه غير طلاق أو طلاقا هو الثالثة أو لا فتعين أخذها من خارج البتة وهذا أوجه من قولهم بين الثالثة بعوض و بغيره لانه لا يحتاج الجواب اليه كما سمعت ولانه يقتضي أن لا يشرع الخلع الا بعد ثنتين بل انما نص على شرعية الثلاث وبين حكما آخر هو جواز الافتداء عن ملك النكاح من غير زيادة على ذلك وأما ما ذكروه عن عثمان فبتقدير ثبوته ليس فيه سوى أنه قال لا عدة عليها ولا تنكح حتى تحيض حيضة وأصل هذا ما روى من حديث ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تعتد بحيضة فسمى الحيضة عدة رواه أبو داود والترمذي والحاكم وصححه ثم رأيناه صلى الله عليه وسلم حكم في خلع امرأة ثابت بن قيس بأنها طلقة على ما في البخاري انه قال له اقبل الحديقة وطلقها تطليقة فقول عثمان لا عدة عليها يعني العدة المعهودة للمطلقات وللشارع ولاية الايجاد والاعدام فهذا يفيدك بتقدير صحته عدم التلازم بين عدم العدة وكونه فسخا على ان الذى تعرفه من حديث عثمان هذا هو ما رواه مالك عن نافع ان ربيع بنت معوذ جاءت هي وعمها الى عبد الله بن عمر فأخبرته انها اختلعت من زوجها في زمان عثمان فبلغ ذلك عثمان فلم ينكره فقال ابن عمر عدتها عدة المطلقة وقال بلغنا عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وابن شهاب انهم كانوا يقولون عدة المختلعة ثلاثة قروء وقولهم انه قول أربعة من الصحابة ممنوع لانه ليس كل من اتصف باسم الصحابى يتتبع أقضية النبي صلى الله عليه وسلم وآى الاحكام وعلم المتأخر والمتقدم وصار أهلا للاجتهاد بل يقلد بعضهم من اتصف بذلك وظاهر حال ربيع وعمها ذلك فانهما قد استفتيا عثمان فقال لهما ما قال فاعتقداه فليس في المعنى الا قول صحابيين لان المقصود قول أهل الاجتهاد وهذا لو ثبت التلازم بين نفي العدة وكونه فسخا وهو منتف بما روى عن عثمان مما يخالف ذلك فلم يبق الا قول ابن عباس وذلك ما روى مالك عن أم بكرة الاسلمية أنها اختلعت من زوجها فارتفعا الى عثمان رضى الله عنه فأجاز ذلك وقال هي طلقة بائنة الا ان تكوني سميت شيأ فهو على ما سميت ولا نعرفه فيه الا أن جهمان لم يعرفه الامام أحمد فرد الحديث لذلك وهو جهمان أبو يعلى أو أبو العلى مولى الاسلميين ويقال مولى يعقوب القبطي يعد في أهل المدينة تابعيا روى عن سعيد بن أبي وقاص وعثمان بن عفان وأبي هريرة وأم بكرة الاسلمية وروى عنه عروة بن الزبير وموسى بن عبيدة الربذى وغيرهما وقال ابن حبان في الثقات هو جد جدة على بن المديني فهي ابنة عباس بن جهمان روى له ابن ماجه حديثا واحدا في الصوم عن أبي هريرة لكل شيء زكاة و زكاة الجسد الصوم والصوم نصف الصبر فلهذا صرح أصحابنا بنقل مذهبنا عن عثمان وابن مسعود وعلى رضى الله عنهم ثم يعارضه قول غيره بل والمروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أسند ابن أبي شيبة حدثنا على بن هاشم عن ابن أبي ليلى عن طلحة بن مصرف عن إبراهيم النخعي عن علقمة عن ابن مسعود رضى الله عنه قال لا تكون طلقة بائنة إلا في فدية أو ايلاء وروى عن على أيضا وتقدم ما رويناه عن عثمان وقال عبد الرزاق حدثنا ابن جريج عن داود بن أبي عاصم عن سعيد بن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقة ومراسيل سعيد لها حكم الوصل الصحيح لانه من كبار التابعين وكبار التابعين قل ان يرسلوا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا عن صحابى وان اتفق غيره نادرا فعن ثقة هكذا تتبعت مراسيله وبه يقوى ظن حجية ما رواه المصنف عنه صلى الله عليه وسلم الخلع طلقة بائنة وكذا ما أخرجه الدارقطني وسكت عليه وابن عدى وأعله بعباد بن كثير الثقفي من ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقة بائنة وان كان لا يصح على طريق أهل الشأن لان الحكم بالضعف انما هو ظاهر مع احتمال الصحة في نفس الامر فجاز أن يقوم دليل الصحة في نفس الامر مع الضعف في الظاهر وههنا نظر على أصولنا وهو ان

قوله جهمان هو كعثمان كما في القاموس ووقع في أسماء الرجال جهمان بتقديم الهاء وقال بضم الجيم وفتح الهاء والذى في القاموس هو الموافق للنسخ كتبه مصححه

ابن عباس رضي الله عنهما روى حديث امرأة ثابت بن قيس على ما في البخاري عن ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس لا أعتب عليه في دين ولا خلق ولكني أكره الكفر في الاسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته قالت نعم قال صلى الله عليه وسلم اقبل الحديقة وطلقها تطليقة ثم ان ابن عباس قال بانه فسخ وعمل الراوي عندنا بخلاف روايته ينزل منزل روايته للناسخ اللهم الا ان يثبت رجوعه كما قالوا والله أعلم به والجواب أن بتقدير ان ثابتا طلقها امتثالا لامره صلى الله عليه وسلم لا يبقى من محل النزاع وهو الخلع بل يصير طلاقا على مال فقول ابن عباس بعد ذلك الخلع فسخ كلام في مسئلة أخرى فحينئذ ما يأتي من تسمية الراوي له خلعا حيث قال وكان أول خلع في الاسلام يعني أول طلاق بمال لان الظاهر ان الخاطب بقوله صلى الله عليه وسلم طلقها امتثل قوله صلى الله عليه وسلم فطلق وكثيرا ما يطلق الخلع على الطلاق بمال وعلى كل حال فالاظهر من قول الصحابة ما قلناه مع ما فيه من المرفوع الصريح الذي لا يقاومه النقل التقديري ولو تركنا الكل يتعارض ورجعنا الى النظر في المعنى أفاد ما قلناه فمن ذلك ما ذكره المصنف رحمه الله بقوله (ولانه) أي الخلع (من الكنايات) حتى لو قال خلعتك ينوي الطلاق وقع الطلاق البائن عندنا لان حقيقة الخلع لا تتحقق إلا به وقد قدمنا في الكنايات انها عوامل بحقائقها والنكاح قائم بالرجعي فلم ينخلع ثم لم يخرج عن ذلك الا بذكر المال وذلك لا يقتضي خروجه عن حاله وأيضا هذه فرقة بعد تمام النكاح والاصل فيه كونها طلاقا لانه هو المعهود والحمل على ما عهد واجب حتى يدل على خلافه دليل ولم يثبت كما أريناك والفرقة بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة قبل تمامه لان النكاح فيه خيار إذا بلغت وعتقت وخيار المولى فكان ذلك امتناعا عن اتمامه معنى وأيضا ملك النكاح ضروري لانه وارد على الحرة فيتقدر بقدر الضرورة وهو استيفاء منافع البضع فينتفي هذا الملك في حق الفسخ وأما وجه من قال لا بد من اذن الامام فلم أره ونظهران قوله تعالى فان خفتم ان لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فانه تعالى شرعه مشروطا بخوف الأئمة والحكام اذهم المخاطبون بقوله تعالى فان خفتم وهذا فرع الترافع اليهم وان كان خطاب فلا تأخذوا للازواج فهو غير مستغرب في القرآن ان يكون خطابان يتلو أحدهما الآخر والمخاطبون بأحدهما غيرهم بالآخر والجواب ما ذكرنا من قصة الربيع من الموطا يفيد ان الخلع وقع دون علم عثمان رضي الله عنه به ولم ينكره وكذا ابن عمر حين سمع به فأفاد عدم فهمهما ذلك فيكون المراد من الآية اذن الأئمة من تمكينهم من الخلع اذا خافوا عليهما عدم القيام بالمواجب فيما اذا ارتفعوا اليهم لانه لا بد من الترافع اليهم وعلى اعتبار هذا المفهوم يمنعونهم عند عدم هذا الخوف بالقول والفتوى وتبين حينئذ انه ليس مباحا فقوله صلى الله عليه وسلم المختلعات هن المنافقات رواه الترمذي وفيه وفي أبي داود عنه صلى الله عليه وسلم ايما امرأة اختلعت من زوجها من غير ما بأس لم ترح رائحة الجنة لا بالحكم بعدم النفاذ والصحة اذا وقع وأما وجه من قال انه رجعي فذكر بعضهم فيه ما لا حاصل له ولا غبار على الوجه المذكور في الكتاب فيه وهو انها اعطت المال لتسلم لها نفسها والله تعالى شرع الافتداء لذلك والا لو كان رجعيا لم يحصل الغرض الذي شرع لاجله ولانه معاوضة والزوج قد ملك المال حكما لصحة هذه المعاوضة فلا بد من ان تملك نفسها حكما لها تحقيقا لها كما في جانبه والله سبحانه أعلم (قوله الا ان ذكر المال) استدراك مما يتوهم لزومه على قوله انه كناية من افتقاره الى النية ومقتضاه انه اذا أنكرها يصدق قضاء وليس كذلك قالوا لا يصدق في لفظ الخلع والطلاق والمبارأة والبيع في عدم النية عند ذكر المال بأن يقول بارأتك على ألف أو بعت نفسك أو طلاقك على ألف وعند عدمه يصدق في انكارها قضاء في الخلع والمبارأة لا في لفظ الطلاق

(وان كان النشوز من قبله يكره له أن يأخذ منها عوضا) لقوله تعالى وان أردتم استبدال زوج مكان زوج إلى أن قال فلا تأخذوا منه شيأ ولانه أوحشها بالاستبدال فلا يزيد فى وحشتها بأخذ المال (وان كان النشوز منها كرهنا له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها) وفى رواية الجامع الصغير طاب الفضل أيضا لاطلاق ماتلونا بدأ ووجه الاخرى قوله صلى الله عليه وسلم فى امرأة ثابت بن قيس بن شماس أما الزيادة فلا

والبيع لانهما صريحان ذكره فى الكافى فأجاب بأن ذكر المال يغنى عنها اذ هو قرينة ظاهرة على ارادة الطلاق اذ من المعلوم انه لا يستحقه الا بسببه (قوله وان كان النشوز من قبله كره له ان يأخذ منها شيأ) لقوله تعالى فلا تأخذوا منه شيأ نهى عن الاخذ منها عند عدم نشوزها وكونه منه وتقدم ماقيل من ان ثبوت الكراهة دون التحريم للمعارضة وليس بشئ اذ لا معارضة فى التحريم فان اطلاق نفى الجناح فى آية المطلقة مقيد بالمشاقة فان الآية هكذا ولا يحل لكم ان تأخذوا مما آتيتموهن شيأ الا ان يخافا ان لا يقيما حدود الله فان خفتم ان لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به والنهى فى الآية الاخرى مقيد بانفراده بالنشوز فلا يتلاقيان فلا تعارض فى حرمة الاخذ على انه لو تعارضا كان التحريم ثابتا بالعمومات القطعية فان الاجماع على حرمة أخذ مال المسلم بغير حق وفى امساكها لا لرغبة بل اضرارا وتضييقا ليقتطع مالها فى مقابلة خلاصها من الشدة التى هى فيها معه ذلك وقال تعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه فهذا دليل قطعى على حرمة أخذ مالها كذلك فيكون حراما الا انه لو أخذ جاز فى الحكم كما ذكره المصنف آخرا أى يحكم بصحة التملك وان كان بسبب خبيث وعلله بقوله (لان مقتضى ماتلوناه) يعنى قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به (شيآن الجواز حكما) يعنى الصحة والنفاذ فى القضاء فانه ذكره مشبها بأخذ الزيادة وقد قال فيها جاز فى القضاء (والاباحة وقد ترك فى حق الاباحة لمعارض) وهو قوله تعالى وان أردتم استبدال زوج مكان زوج الآية فبقى معمولا به فى الباقى أى الجواز فى القضاء لا يقال الجواز هو الاباحة و يتلازمان وجودا وعدما لانا نقول ان معنى الاباحة استواء الطرفين فلا أجر ولا وزر ومعنى الجواز من جاز أى مر و بعد فهو النافذ شرعا أى الصحيح وهو المعتبر سببا لترتب الآثار الشرعية فهو أعم من كونه مع الحل أو الحرمة كما فى كل نهى عن أمر شرعى لم يقم فيه دليل شرعى على انه لعينه كالبيع وقت النداء والبيع بالخمر فلا تلازم وهنا كذلك فالاخذ حرام فى حال عدم نشوزها وان كان برضاها ولو فعل كان أخذه سببا للتملك كما فى البيع فيما قلنا حيث ملك بسبب ممنوع لا يقال النهى هنا عن أمر حسى فيعدم وجوده شرعا فيخرجه عن انتهاضه سببا مفيدا لحكم الملك كالنهى عن الزنا لان ذلك مقتضاه اذا لم يدل الدليل على ان النهى لغيره لا لعينه وهنا دل على انه لزيادة الايحاش ولقائل أن يقول اذا ترك فى حق الاباحة لمعارض يلزم انتفاء النفاذ شرعا وذلك لان دلالته على النفاذ ليس الا دلالة التزامية للاباحة لان دلالته المطابقية على الاباحة اذ هى المعنى المطابقى لنفى الجناح ويلزم من ثبوت الاباحة النفاذ فاذا ارتفعت الاباحة ارتفعت بلازمها الا أن يدل دليل مستقل آخر على ثبوت النفاذ شرعا وهو معدوم وعلى هذا يظهر قول الظاهرية (قوله لاطلاق ماتلونا بدأ) أى أولا وهو قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به يعنى بطريق دلالته لا عبارته فان عبارته رفع الجناح عند مشاقتهما ولا شك ان فى مشاقتهما مشاقته فاذا كان له أن يأخذ ما افتدت به مطلقا فيما فيه مشاقة منه فأخذه ذلك فيما لا مشاقة منه فيه أولى (قوله ووجه الاخرى قوله عليه السلام فى امرأة ثابت الخ) تقدم ذكر الحديث من رواية البخارى وليس فيه

قوله (وان كان النشوز من قبله) يقال نشزت المرأة على زوجها فهى ناشزة اذا استعصت عليه وأبغضته وعن الزجاج النشوز يكون من الزوجين وهى كراهة كل واحد منهما صاحبه (يكره له ان يأخذ عوضا لقوله تعالى وان أردتم) استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيأ أتأخذونه بهتانا واثما مبينا) فان قيل النهى ورد عن فعل حسى وهو الاخذ ومثله يقتضى عدم المشروعية ثم هو مؤكد بتوكيدها هى قوله أتأخذونه بهتانا واثما مبينا وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا فكيف الجواز مع الكراهة أجيب بأن النهى وان ورد عن فعل حسى ولكنه لمعنى فى غيره وهو زيادة الايحاش فلا يعدم المشروعية فى نفسه كما فى قوله صلى الله عليه وسلم لا تتخذوا الدواب كراسى والى هذا أشار بدليله الثانى وهو قوله ولانه أوحشها بالاستبدال فلا يزيد فى وحشتها بأخذ المال (وان كان النشوز منها كرهنا له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها وفى الجامع الصغير طاب الفضل أيضا لاطلاق ماتلوناه بدأ) أى أولا يعنى قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به فانه لا يفصل بين الفضل وغيره (ووجه الرواية الاخرى) أى رواية القدورى وهى رواية كتاب الطلاق فى الاصل (قوله صلى الله عليه وسلم فى امرأة ثابت بن قيس بن شماس أما الزيادة فلا) وقصتها ماروى ان جميلة بنت سلول كانت تحت ثابت بن قيس فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت لا أعتب على ثابت فى دين ولا خلق ولكنى أخشى الكفر فى الاسلام لشدة بغضى اياه فقال أتردين اليه حديقته فقالت نعم وزيادة فقال صلى الله عليه وسلم أما الزيادة فلا

(قوله فقالت لا أعتب) أقول العتب المؤاخذة والغضب من باب ضرب ومنه هذا الحديث.

(وكان النشوز منها) عبارة ويناه من الحديث فكان قوله أما الزيادة فلا ينفي اباحة أخذ الفضل على ما نذره واذا انتفى الاباحة كان مكروها (ولو أخذ الزيادة جاز في القضاء وكذلك اذا أخذوا النشوز منه لان مقتضى ما تلونا) من قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به (شيأ ان الجواز حكما) أي جواز أخذ الزيادة في القضاء (والاباحة) أي إباحة أخذ الزيادة هكذا فسر الشارحون كلام المصنف رحمه الله وفرقوا بين العبارتين بأن كل مباح جائز دون العكس لان الجواز ضد الحرمة والاباحة ضد الكراهة فاذا انتفى الجواز ثبت ضده وهو الحرمة فتنتفي الاباحة أيضا واذا انتفت الاباحة ثبت ضدها وهو الكراهة ولا ينتفي به الجواز لجواز اجتماع الجواز مع الكراهة (وقد ترك) يعني ما تلونا (٣٠٤) (في حق الاباحة لمعارض) وهو قوله صلى الله عليه وسلم أما الزيادة فلا لكونه نهيا لمعنى في غيره وهو زيادة الايحاش كما تقدم وهو لا يعدم المشروعية (فبقي معمولا في الباقي) وهو الجواز وفيه بحث من وجهين أحدهما ان النهي انما ورد في الحديث عن الرد وكلامنا في كراهية الاخذ فليس الحديث متصلا بمحل النزاع والثاني ان الحديث خبر واحد وهو لا يعارض الكتاب والجواب عن الاول ان الرد اذا كان غير مباح وهي ناشزة فكان الاخذ منها وهو غير ناشز أولى أن لا يكون مباحا فكان متصلا بمحل النزاع من هذا الوجه وعن الثاني بان المعارض للكتاب اذا أخذ وهو ناشز قوله تعالى وان أردتم استبدال زوج مكان زوج الى قوله فلا تأخذوا منه شيأ والكتاب يجوز ان يعارض الكتاب واذا عورض الكتاب بالكتاب جاز بعده أن يعارض بالخبر فكان الحديث معارضا للكتاب بعد معارضة الكتاب بالكتاب فكانت جائزة

وقد كان النشوز منها (ولو أخذ الزيادة جاز في القضاء) وكذلك اذا أخذوا النشوز منه لان مقتضى ما تلوناه شيأ ان الجواز حكما والاباحة وقد ترك العمل في حق الاباحة لمعارض فبقي معمولا في الباقي

ذكر الزيادة وقد رويت مرسلة ومسندة فروى أبو داود في مراسيله وابن أبي شيبة وعبد الرزاق كلهم عن عطاء وأقرب الاسانيد سند عبد الرزاق قال أخبرنا ابن جريج عن عطاء قال جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تشكو زوجها فقال أتردين عليه حديقته التي أصدقك قالت نعم وزيادة قال أما الزيادة فلا وأخرجه الدارقطني كذلك وقال وقد أسنده الوليد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس والمرسل أصح وأخرج عن أبي الزبير ان ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده زينب بنت عبد الله بن أبي ابن سلول وكان أصدقها حديقة فكرهته فقال النبي صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته التي أعطاك قالت نعم وزيادة فقال النبي صلى الله عليه وسلم أما الزيادة فلا ولكن حديقته قالت نعم فأخذها وخلى سبيلها اهـ قال سمعه أبو الزبير من غير واحد ثم أخرج عن عطاء أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يأخذ الرجل من المختلعة أكثر مما أعطاها وروى ابن ماجه عن ابن عباس أن جميلة بنت سلول أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت والله ما أعتب على ثابت في دين ولا خلق ولكني أكره الكفر في الاسلام لا أطيقه بغضا فقال النبي صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته قالت نعم فأمره أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد ورواه من طريق آخر وسماها فيه حبيبة بنت سهل ولم يذكر الزيادة وكذا رواه الامام أحمد وسماها حبيبة بنت سهل الانصارية وزاد فيه وكان ذلك أول خلع في الاسلام فقد علمت انه لاشك في ثبوت هذه الزيادة لان المرسل حجة عندنا بانفراده وعند غيرنا اذا اعتضد بمرسل آخر يرسله من روى عن غير رجال الاول أو بمسند كان حجة وقد اعتضد هنا بهما جميعا وظهر لك الخلاف في اسم المرأة جميلة أو حبيبة أو زينب وفي اسم أبيها عبد الله بن أبي ابن سلول أو سلول أو سهل والمسئلة مختلفة بين الصحابة فذكر عبد الرزاق عن معمر عن عبد الله بن محمد بن عقيل ان الربيع بنت معوذ بن عفراء حدثته انها اختلعت من زوجها بكل شئ تملكه فخوصم في ذلك الى عثمان بن عفان فأجازه وأمره أن يأخذ عقاص رأسها فما دونه وذكر أيضا عن ابن جريج عن موسى بن عقبة عن نافع ان ابن عمر جاءته مولاة لامرأته اختلعت من زوجها من كل شئ لها ومن كل ثوب حتى نقبتها وروى ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه رفعت اليه امرأة نشزت على زوجها فقال اخلعها ولو من قرطها ذكره حماد بن سلمة عن أيوب عن كثير بن أبي كثير وذكر عبد الرزاق عن معمر عن ليث عن الحكم بن عتيبة عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه لا يأخذ منها فوق ما أعطاها ورواه وكيع عن أبي حنيفة عن عمار بن عمران الهمداني عن أبيه عن علي انه كره أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها وقال طاوس لا يحل له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها وأورد أن شرط قبول خبر الواحد أن

لا يعارض

(قوله أولى أن لا يكون مباحا الخ) أقول فيه بحث اذ ما ذكر من الاولوية غير ظاهر (قوله قوله تعالى وان أردتم استبدال زوج مكان زوج الى قوله فلا تأخذوا منه شيأ) أقول قال ابن الهمام فيه نظر لان النهي عن الاخذ في هذه الآية مقيد بنشوزه وحده واطلاق الاخذ منها قيد بنشوز كل منهما على الآخر فلا تعارض فلا تخصيص اهـ أقول ممنوع بل تخوف كل منهما أن لا يقيم حدود الله وذلك يحصل بنشوز الواحد فانه اذا نشزت المرأة فقط يجوز أن يخاف الرجل من استيلاء الغضب عليه فلا يقيم حدود الزوجية وكذا اذا نشز الرجل فتأمل

(وان طلقها على مال) مثل أن قال أنت طالق بألف درهم أو على ألف درهم (فقبلت وقع الطلاق ولزم المال) لان هذا تصرف معاوضة يعتمد أهلية المتعاوضين وصلاحية المحل والكل حاصل اما أهلية الزوج فلانه يستبد بالطلاق تنجيزا وتعليقا لا محالة وقد علقه بقبولها بدلالة مقام المعاوضة فان الحكم فيه متعلق بالقبول وأما أهلية المرأة فلانها تملك التزام المال لولايتها على نفسها واما صلاحية المحل فلان ملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص فانه ليس بمال وجاز أخذ العوض عنه والجامع وجود الالتزام من أهله كذا في بعض الشروح (واذا وقع الطلاق كان بائنا لما بينا) انها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها (ولانه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج أحد البدلين فتملك الزوجة البدل الآخر وهو النفس تحقيقا للمساواة قال وان بطل العوض في الخلع) اذا خالع المسلم امرأته على خمر أو خنزير أو ميتة فلا شئ للزوج لبطلان العوض المسمى والفرقة بائنة وان طلقها على ذلك وهي مدخول بها ولم يكن الطلاق الواقع الطلقة الثالثة فلا شئ له والطلاق رجعي أما الاشتراك في وقوع الطلاق فانه علقه بقبولها وقد قبلت واما الافتراق بينهما بالبينونة والرجعة فلانه لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع وهو كناية كما تقدم والواقع بها بائن اذا لم يكن من الالفاظ الثلاثة وهذه اللفظة ليست منها وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة واما عدم وجوب شئ عليها للزوج فلانها ما سمت مالا متقوما لتصير غارة له ولانه لا وجه لالزام المسمى لامتناع المسلم عن تسليمه وتسلمه ولا الزام غيره لعدم الالتزام به

(وان طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال) لان الزوج يستبد بالطلاق تنجيزا وتعليقا وقد علقه بقبولها والمرأة تملك التزام المال لولايتها على نفسها وملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص (وكان الطلاق بائنا) لما بينا ولانه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج أحد البدلين فتملك هي الآخر وهي النفس تحقيقا للمساواة قال (وإن بطل العوض في الخلع مثل أن يخالع المسلم على خمر أو خنزير أو ميتة فلا شئ للزوج والفرقة بائنة وان بطل العوض في الطلاق كان رجعيا) فوقوع الطلاق في الوجهين للتعليق بالقبول وافتراقهما في الحكم لانه لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع وهو كناية وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة وانما لم يجب للزوج شئ عليها لانها ما سمت مالا متقوما حتى تصير غارة له ولانه لا وجه الى إيجاب المسمى للاسلام ولا الى إيجاب غيره لعدم الالتزام

لا يعارض الكتاب وهذا معارض قوله فلا جناح عليهما فيما افتدت به أجيب اذا خص منه شئ أو عورض بنص آخر مثله خرج عن القطعية في الحكم فيجوز تخصيصه بخبر الواحد مع ان هذا الحديث ان كان معارضا النص فهو موافق لآخر وهو قوله تعالى فلا تأخذوا منه شيأ فكان في الحقيقة معارضة الكتاب بالكتاب فجاز التمسك به لانه موافق لاحد النصين وفيه نظر لما قدمنا من ان النهي عن الاخذ في هذه الآية مقيد بنشوزه وحده واطلاق الاخذ منها قيد بنشوز كل منهما على الآخر فلا تعارض فلا تخصيص لان مورد العام غير صادق على مورد الخاص ليكون خلاف حكمه في بعض متناولاته تخصيصا لا يقال أخذ الزيادة أيضا غير متناول المطلقة لانها في نشوزهما ونشوزها وحدها ليس نشوزهما لانا نقول تثبت اباحة أخذ الزيادة في نشوزها وحدها بطريق أولى كما بينا وعلى هذا فيظهر كون رواية الجامع أوجه نعم يكون أخذ الزيادة خلاف الاولى ويكون محمل منعه صلى الله عليه وسلم ثابتا من أن يزداد الحمل على ما هو الاولى وطريق القرب الى الله سبحانه والله أعلم (قوله ولو طلقها الخ) صورته أن يقول أنت طالق على ألف أو بألف أما لو قال وعليك ألف فقبلت يقع الطلاق ولا يلزمها المال عنده خلافا لهما وسيأتي وقوله فقبلت وقع الطلاق أي غير متوقف على الاداء ولزمها المال فيطالبها به ان كانت حرة وأمة اختلعت باذن سيدها حتى تباع فيه وان اختلعت بغير اذنه لا تطالب الا بعد العتق وهذا بناء على جعل على للشرط واعتبار الفعل المقدر القبول لا الاداء كما ذكره المصنف حيث قال وقد علقه بقبولها والمعين لذلك ذكره في مقام المعاوضة وفي المعاوضات يتعلق الحكم بالقبول لا الاداء والى هنا يتم التقرير ولا بد من كون القبول في المجلس وزاد في النهاية قوله ولو قلنا بتعليقه بالاداء كانت كلمة على للشرط المحض وهي انما كانت كذلك في غير المعاوضات كما في قوله أنت طالق على ان تدخلي الدار يعني ان تعليقه بالاداء يخرج الى ان المعنى ان أديت فأنت طالق وهو الشرط المحض وهو مضر في المعاوضات لاستلزامه تعليق البيع على أداء الثمن ونحوه وقد يقال ان ذلك جائز في المعاوضات المحضة أما الخلع فليس محض معاوضة لما عرف من انه يمين من جانبه أو الجانبين فليست هذه الزيادة محتاجا اليها في التقرير لاستغناء الدليل عن ذلك واعلم ان تعليق الوقوع بقبولها بحيث ينزل بمجرده هو فيما يتحقق فيه التحقيق اما فيما يحتمل فلا فلذا اختلف فيما اذا قال خلعت نفسك مني بكذا فقالت قبلت قيل يصح مطلقا وقيل لا يصح مطلقا وقال الفقيه أبو جعفر ينوي الزوج ان أراد به التحقيق دون السوم يصح وهو المختار للفتوى (قوله لما بينا) يعني قوله ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها (قوله وهي النفس) أنث ضمير الآخر وهو مذكر لتأنيث اسمه الآخر أعني النفس (قوله وان بطل العوض في الخلع الخ) حاصله انه اذا شرط في الفرقة عوضا غير متقوم حتى بطل

(بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه فظهر خمرا) فانه يلزم عليها رد المهر الذى أخذته عند أبي حنيفة وعندهما كيل مثل ذلك من خل وسط وهذا والصداق سواء لانها سمت (٢٠٦) مالا وغرته بذلك فكانت ضامنة لان التغرير فى ضمن العقد يوجب الضمان فان قيل ما الفرق

بين هذا وبين ما اذا كاتب أو أعتق عبده على خمر حيث تكون الكتابة فاسدة وان أداها عتق وعلى العبد قيمته اجاب بقوله (وبخلاف ما اذا كاتب أو اعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد لان ملك المولى فيه) أى فى العبد (متقوم) حتى لو غصب وجبت القيمة على الغاصب (وما رضى بزواله مجانا) فلما لم يقدر على تسليم البدل لعدم تقومه لزم قيمة المبدل وهو الرقبة المتقومة (أما ملك البضع فى حالة الخروج فغير متقوم على ما يذكر) بعيد هذا بقوله (والفقه) فلا يلزمها شئ وهذا الجواب بالنسبة الى العبد ظاهر كما ترى وكذا بالنسبة الى المكاتب لان ملك المولى لما كان فيه متقوما لم يرض بزواله بلا بدل ولما لم يصح البدل فسدت الكتابة واما ملك البضع فلما لم يكن متقوما لم يلزم من بطلان البدل فساد الخلع وانما عتق المكاتب اذا أدى الخمر المسماة لان فى الكتابة تعليق العتق باداء المسمى وقد وجد الشرط فيقع المشروط قيل وفى قوله على خمر تلويح الى أنه لو كاتب على ميتة او دم فالكتابة باطلة حتى لو أدى لم يعتق ولا تجب القيمة

وقوله (وبخلاف النكاح) للفرق بينه وبين الخلع حيث صح ووجب مهر المثل والخلع صح ولم يجب شئ (لان البضع فى حالة الدخول متقوم) ولهذا اذا تزوج المريض امرأة بمهر مثلها كان من جميع المال (والفقه) ما ذكره وهو واضح

بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه فظهر أنه خمر لانها سمت مالا فصار مغرورا وبخلاف ما اذا كاتب أو أعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد لان ملك المولى فيه متقوم وما رضى بزواله مجانا أما ملك البضع فى حالة الخروج غير متقوم على ما نذكر وبخلاف النكاح لان البضع فى حالة الدخول متقوم والفقه انه شريف فلم يشرع تملكه الا بعوض اظهارا لشرفه فأما الاسقاط فنفسه شرف فلا حاجة الى ايجاب المال

فاما ان يكون موقعا بلفظ الخلع أو الطلاق ففى الخلع يقع بائنا وفى الطلاق يقع رجعيا ان كانت مدخولا بها وهى دون الثلاث وترك المصنف التقييد بهما لاشتهار الحال فى الطلاق الثلاث وطلاق غير المدخول بها بحيث لا يكاد يخفى على أحد وفيهما معا لا يجب شئ للزوج وجه الحكم الشامل ان ملك النكاح فى الخروج غير متقوم ولذا لا يلزمه شئ فى الطلاق اجماعا واباحة الافتداء ليس وضعا لتقومه شرعا والا لتعينت القيمة ولو بالنوع كمهر المثل فاذا سمى غير المتقوم فى غير المتقوم كان راضيا بسقوطه مجانا وجه الافتراق ان لفظ الخلع من الكنايات التى لها دلالة على قطع الوصلة لانه من خلع الخف والنعل والقميص وقدمنا ان الكنايات عوامل بحقائقها فاذا أفاد حقيقته منها قطع الوصلة كان الواقع به بائنا وما لا فرجعى ولفظ الخلع من الاول بخلاف لفظ اعتدى واستبرئى رحمك وأنت واحدة على ما سلف فانما يقع بها رجعى ولفظ الطلاق صريح لا يقتضى البينونة ولولا ثبوت هذا الاعتبار عندنا فى الكنايات لقلنا بالرجعى فيها كقول مالك وأحمد والشافعى يخالفنا فى هذا الاعتبار فى الكنايات على ما أسلفناه فيها وقال هنا ان الواقع بائن بناء على أنه يوجب فيه رد مهر مثلها قياسا على بطلان العوض فى المهر وهو ضعيف لانه مع الفارق فان الشارع جعل البضع متقوما حالة الدخول حتى لو سكتنا عن المهر لزمت قيمته وهى مهر المثل ولم يجعله متقوما حالة الخروج لما بينا فلم يلزم من بطلان العوض لزوم القيمة وفى كتب المالكية لو خلعها على حلال وحرام كخمر ومال صح ولا يجب له الا المال قيل هو قياس قول أصحابنا وهو صحيح وفى جوامع الفقه خالعها على عبد نفسه لا يلزمها شئ لانه مال لا تستحقه بحال وعرف مما قررنا ان اقتصاره على قوله لانه من الكنايات لا يستلزم البينونة (قوله بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه لانها سمت ما هو مال وهو ليس بمال فيصير مغرورا) فيرجع عليها فعند أبى حنيفة ترد مهرها وعندهما مثل كيل الخمر خلا وسطا كما فى الصداق على ما تقدم فى باب المهر ولو علم الزوج بكونه خمرا لا شئ له (قوله وبخلاف ما اذا كاتب أو اعتق على خمر) او نحوه مما هو مال لكنه ساقط التقوم واحترز به عما لو كاتب على ميتة أو دم فان الكتابة حينئذ باطلة حتى لو أدى الميتة أو الدم لا يعتق وههنا فاسدة فلو أدى الخمر عتق وعليه قيمة نفسه (لان ملك المولى فيه متقوم) ولهذا لا يجوز اشتراط بدل العتق على الاجنبى كمنه ابتداء (وما رضى بزواله مجانا) لانه لو رضى لنجز عتقه ابتداء فتسمية مال غير متقوم فى المتقوم لا يستلزم رضاه بلا عوض والعتق لا يتوقف بعد وجوده فينزل ولا يمكن دفعه ولا ايجاب المسمى لفساده ولا وقوعه بلا بدل لما ذكرنا فيجب عليه رد ما احتبس عنده من ملك المولى وهو قيمة نفسه لانه اذا تعذر البدل فى موضع لزومه تجب قيمة المبدل ولقائل أن يقول ان عنى بكون العبد متقوما عند الخروج أو حالة البقاء لزوم قيمته عند خروجه شرعا فممنوع وان عنى امكان الاعتياض فالبضع كذلك حالة الخروج فلا يفيد هذا الفرق فى الرجوع بينهما فى تسمية الخمر والخنزير والجواب المراد أمر ثالث وهو كونه له قيمة فى الواقع بان الشرع قومه أو لا ببيع أو هبة وليس هذا فى البضع حالة الخروج (قوله والفقه فيه) أى فى لزوم تقومه عند الدخول دون الخروج (انه) أى البضع (شريف فلم يشرع تملكه الا بعوض فاما الاسقاط فنفسه شرف) أى يحصل به شرف البضع للتخلص به من المملوكية (فلا حاجة الى ايجاب المال) اذ لم يجب الا لهذا الغرض وهو حاصل هنا بدونه

(قوله لانها سمت مالا) أقول تعليل لقوله يلزم عليها رد المهر

قال (وماجاز أن يكون مهـرا فى النكاح جاز أن يكون بدلا فى الخلع) كل ماجاز أن يكون مهرا فى النكاح جاز أن يكون بدلا فى الخلع ولا ينعكس (لان مايصلح أن يكون عوضا للمتقوّم أولى ان يصلح عوضا لغـيره) ولا ينعكس فاذا اختلعت منه على مافى بطون غنمها جاز وله مافى بطون غنمها وقت الخلع دون ماحدث بعده ولو تزوج امرأة على مافى بطون غنمه وجب مهر المثل لان التسمية غير صحيحة لكون مافى البطن ليس بمال فى الحال وان كان بعرضية أن يصير مالا بالانفصال لكنها بالنظر الى ذلك تكون فى معنى الاضافة أو التعليق واحد العوضين وهو منافـع البضع فى باب النكاح لا يحتمـل التعليق والاضافة فكذلك العوض الآخر وأما الخلع فاحد العوضين فيه وهو الطلاق يحتمـل الاضافة والتعليق بالشرط فكذلك العوض الآخر فأمكـن تصحيح تسمية مافى البطن باعتبار المآل واذا صحت التسمية فله المسمى ان وجـد وان لم يكن فى بطونها شئ فلا شئ له لانها ما غـرته لان مافى البطن قد يكون مالا متقوما وقد يكون ريحا (فان قالت له خالعـنى عـلى مافى يدى فخالعها فـلم يكن فى يدها شئ فلا شئ له عليها لانها لم تغره بتسمية المال) لان كلـمة ما عامة تتناول المال وغيره (وان قالت خالعنى على مافى يدى من مال فـلم يكن فى يدها شئ ردت عليه مهرها لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال مجانا ولا وجـه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة) أى جهالة كل واحد منهما ويجوز أن يكون معناه لجهالة المسمى وان كان المسمى مجهولا كانت القيمة أكثر جهالة (ولا الى قيمة البضع أعنى مهر المثـل لانه غير متقوم حالة الخروج) كما تقدم (فتعين ايجاب ما قام البضع به على الزوج دفعا للضرر عنه)

قال (وماجاز أن يكون مهرا جاز أن يكون بدلا فى الخلع) لان مايصلح عوضا للمتقوّم أولى أن يصلح عوضا لغير المتقوم (فان قالت له خالعـنى على مافى يدى فخالعها فـلم يكن فى يدها شئ فلا شئ له عليها) لانها لم تغره بتسمـية المال (وان قالت خالعنى على مافى يدى من مال فخالعها فلم يكن فى يدها شئ ردت عليه مهرها) لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال الا بعوض ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة ولا الى قيمة البضع أعنى مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج فتعين ايجاب ما قام به على الزوج دفعا للضرر عنه

(قوله وماجاز أن يكون مهـرا جاز أن يكون بدلا فى الخلع) ولا ينعكس كليا فالصادق بعض ماجاز بدل خلع جاز كونه مهـرا والبعض لا كالاقـل من العشرة ومافى يدها ومافى بطن غنمها ومافى بطن جاريتها يجوز وله مافى بطونها ولا يجوز مهرا بل يجب مهر المثـل والفرق ان مافى البطن ليس مالا فى الحال بل فى المآل فكان تعليقا بالانفصال من البطن وأحد العوضين وهو الطلاق هنا يقبـل التعليق فكذا الآخر أعنى المال ولا يقبله مايقابل المال هناك وهو ملك النكاح فكذلك عوضه الآخر ولو لم يكن فى بطونها شئ حالة الخلع فلا شئ له وماحـدث فى البطن بعد الخلع لها لا له لانها غير غارة اذ مافى البطن لم يتعين كونه مالا اذا ظهر لجواز كونه ريحا أو ميتة فـلا يلزمها شئ ويصح التأجيـل فى بدل الخلع مع جهالة مستدركة كالحصاد والدياس لا الفاحشة كالمطر وهبوب الريح والميسرة وحيث لا يصح التأجيل يجب المال حالا وهذا لانه لما كان اسـقاطا حتى جاز تعليقه وخلوه من العوض بالكلية وكان مما يجرى فيه التسامح جاز المجهول والى الاجل المجهول المستدرك الجهالة وعلى هذا الاصل يجوز اختـلاعها على زراعة أرضها وركوب دابتها وخـدمتها على وجه لا يلزم خلوته بها أو خدمة الاجنبى لان هـذه تجوز مهرا وفى الخـلاصة قالت طلقنى على ان أؤخر مالى عليك فطلقها فان كان للتأخـير غاية معلومة صح به التأخـير وان لم يكن لا يصح والطلاق رجعى على كل حال وكذا لو طلقها على أن تبرئه عن الكفالة التى كفل بها لها عن فلان فالطلاق بائن انتهى كأنه لان الاول ليس فيه مال لان مطالبتها به لا تسقط بل تتأخر بخلاف الثانى لتحقق سـقوط المال أو مطالبتها اياه به (قوله أولى ان يصلح عوضا لغـير المتقوم) وهو البضع حالة الخـروج بخـلافه حالة الدخول فانه متقوم وعن هـذا جاز تزويج الاب ابنه الصـغير على مال الصغير ولم يجز ان يخلع ابنته الصغيرة على مالها ولو تزوج المريض بمهر مثلها ينفذ من جميـع المال ولو اختلعت المريضة يعتبر من الثلث فيكون له الاقل من مـيراثه منها ومن بدل الخلع اذا كان يخرج من الثلث وان لم يخـرج فله الاقل من الارث والثلث اذا ماتت وهى فى العدة فان ماتت بعدها أو كانت غير مدخول بها فـله بدل الخلع ان كان يخرج من الثلث (قوله لانها لم تغره بتسمية المال) لان مافى يدها قد يكون متقوما وقد يكون غيره فكان بذلك راضـيا ان لم يكن مالا أو كان ومثل هـذا قولها على مافى بيتى او مافى بيتى من شئ وليس فيه شئ لا يلزمها شئ لان الشئ يصـدق على غير المال فان كان فيـه شئ حال قولها فهو له كله ولو قالت على مافى بيتى من متاع وليس فيه مال يرجـع عليها بمهرها للغرور والوجه ظاهر فى الكتاب وقوله (لا وجه الى ايجاب المسمى) أى ما سمته المرأة وهو المال (وقيمته للجهالة) قيل عليه

(قوله لكنها بالنظر الى ذلك) أقول إشارة الى قوله بعرضية أن يصير مالا قال المصنف (ردت عليه مهرها) أقول قال ابن الهمام قيل عليه يجب أن يلزمه مايصدق عليه اسم المال وأقله درهم لما عرف فى الاقرار وهو مذهب أحمد والجواب الجهالة الفاحشة توجب الفساد ولان كون أقل ماهو مال درهما ممنوع اهـ وأنت خبير بان كون أقل ماهو مال درهما مذكور ومصرح به فى كتاب الاقرار

(ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم أو من الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شئ فعليها ثلاثة دراهم) لانها سمت الجمع وأقله ثلاثة وكلمة من ههنا للصلة دون التبعيض لان الكلام يختل بدونه (فان اختلعت على عبدلها آبق على انها بريئة من ضمانه لم تبرأ

يجب ان يلزمها ما يصدق عليه اسم المال وأقله درهم لما عرف في الاقرار وهو مذهب أحمد رحمه الله والجواب ان الجهالة توجب الفساد ولان كون أقل ما هو مال درهما ممنوع (قوله لانها سمت الجمع وأقله ثلاثة) فان قيل هذا في قولها دراهم ظاهر أما في المحلى فينبغي أن يلزمها درهم لبطلان الجمعية باللام الى الجنسية وهو يصدق بالفرد فينبغي أن يلزمها درهم فالجواب ان ذلك عند عدم امكان العهدية فاما ان أمكن اعتبر كونه المراد وهو كذلك هنا فان قولها على ما في يدي أفاد كون المسمى مظروفا بيدها وهو عام يصدق على الدراهم وغيرها فصار بالدراهم عهد في الجملة من حيث هو مما صدقات لفظة ما وهو مبهم ولفظة من وقعت بيانا وما بعد دخولها وهو الدراهم هو المبين لخصوص المظروف فصار كلفظ الذكر في قوله تعالى وليس الذكر كالانثى للعهد لتقدم ذكره في قوله ما في بطني محررا وان كان يخالفه في كون مدخول اللام هنا واقعا بيانا للمعهود بخلافه في وليس الذكر كالانثى لان المراد بلفظ ما فيه متعين لان المنذور للبيعة انما هو الذكر ولانه لا يكون للجنس الا عند امكان الاستغراق لا عند عدمه ولذا يكون للجنس في لا أشترى العبيد لامكان الاستغراق في النفي دون لأشترين العبيد لعدم الامكان فيحنث بشراء عبد واحد بالاول ولا يبر بشراء عبد في الثاني بل بشراء ثلاثة وبهذا التقرير تبين لك ان من لبيان الجنس لا صلة كما ذكره المصنف ألا ترى الى صدق ضابطها وهو صلاحية وضع الذي موضعها موصولا بما بعد دخولها حال كونه خبر المبتدا الذي هو ضمير المبهم هكذا ما في يدي الذي هو الدراهم كقوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان لصدق الرجس الذي هو الاوثان اللهم الا أن يكون له في لفظ الصلة اصطلاح وما قيل ان تعين الثلاثة فيما اذا لم يكن في يدها شئ لان البضع محترم فلا بد من عدد معتبر وهو الثلاثة دفع بأنه فرع تقوم البضع في الخروج وهو منتف وفيه نظر لان المراد انه لما لزم المال من قولها على ما في يدي من الدراهم وكان البضع محترما فالظاهر أن يراد به بدل اسقاط الملك عنه ما هو معتبر والدرهم الواحد وان صدق عليه الجنس الذي صار اليه الجمع غير ذي خطر ولذا لم يقطع العضو به بخلاف الجمع فانه ذو خطر وهو من محتملات الجنس كالفرد فيحمل عليه حملا لا دلالة بالمعين المذكور كما انه يحمل على الفرد بعين لكونه المتيقن عند عدم ما يعين غيره (قوله على انها بريئة) يعني ان

وقوله (ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم) واضح وقوله (وكلمة من ههنا للصلة) اشارة الى ما يقال اذا كان في هذه الصورة درهمان أو درهم يجب أن لا يجب عليها شئ غير ذلك لان كلمة من للتبعيض وكأنه أراد بكونه صلة أن يكون للبيان على اصطلاح النحويين كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان ومنهم من ضبط فقال كل موضع يصح الكلام فيه بدونه فهو للتبعيض كما في قوله أخذت من الدراهم وكل موضع لا يصح فيه بدونه فهو صلة زيدت لتصحيح الكلام فانها لو قالت خالعني على ما في يدي دراهم اختل الكلام واذا لم تكن للتبعيض كان الجمع فيما نحن فيه باقيا على حاله فيلزمها ثلاثة دراهم واعترض بأن ما ذكرت من الاختلال ليس بصحيح لان قولها دراهم يجوز ان يكون بدلا من قولها ما في يدي ويكون تقديره خالعني على دراهم وقولها الدراهم يكون بدلا أيضا ويكون تقديره خالعني على الدراهم واللام اذا دخل الجمع ولم يكن ثم معهود يراد به الواحد فلو كان في يدها درهم واحد وجب ان يكتفى به ولا يلزمها الزيادة والجواب عن الاول ان هذا المنع لا يضرنا لانه اذا كان تقدير كلامها خالعني على دراهم يلزمها ثلاثة وهو المطلوب وعن الثاني لا نسلم انه لا معهود ثم بل ما في يدها معهود بالاشارة اليها (فان اختلعت على عبدلها آبق على انها بريئة من ضمانه) يعني ان لا تطالب بتحصيله وتسليمه بل ان حصل تسلمه اليه والا فلا شئ عليها (لم تبرأ

(قوله وكأنه أراد بكونه صلة أن يكون للبيان على اصطلاح النحويين) أقول فيكون له في لفظه اصطلاح (قوله ومنهم من ضبط فقال كل موضع يصح الكلام فيه بدونه فهو للتبعيض الخ) أقول تقدم في آخر فصل المشيئة ان من في قوله طلقي نفسك من ثلاث ما شئت وجدته للتبعيض عند أبي حنيفة رحمه الله ولا يصح الكلام بدونه (قوله لان قوله دراهم يجوز أن يكون بدلا الخ) أقول ويصح فاجتنبوا الرجس من الاوثان على البدلية (قوله واللام اذا دخل الجمع الخ) أقول اعتراض ثان (قوله والجواب عن الاول الخ) أقول اذا كان مراد المعترض عدم صحة ما ذكر تفريعا على تلك الضابطة من كون كلمة من للصلة دون التبعيض مع انها حقيقة فيه كما تقدم لم يتوجه هذا الجواب (قوله وعن الثاني بانا لا نسلم انه لا معهود ثمة بل ما في يدها معهود بالاشارة اليها) أقول وأنت خبير بان هذا المقدار من التعيين لا يكفي في المعهودية ألا ترى انهم لم يكتفوا في معهودية الذكر في قوله تعالى وليس الذكر كالانثى بأن ما في بطنها معهود بل ضموا الى ذلك كونه محررا فليتأمل

وعليها تسليم عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت) لانه عقد المعاوضة فيقتضي سلامة العوض واشتراط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل الا ان الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة وعلى هذا النكاح (واذا قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف) لانها لما طلبت الثلاث بألف فقد طلبت كل واحدة بثلث الالف وهذا لان حرف الباء يصحب الاعواض والعوض ينقسم على المعوض والطلاق بائن لوجوب المال

وجدته سلمته والا فلا شيء عليها (قوله وعليها تسليم عينه الخ) هذا فرع صحة التسمية وانما صحت في الخلع لان مبناه على المسامحة بسبب انه اعتياض عن غير مال فالعجز عن تسليمه لا يفضي الى المنازعة في القيمة فتندفع وكذا لو خالعها على عبد الغير صحت ووجب تسليمه ان رضي سيده والا فقيمته وهذا بطريق أولى لانه يجوز التزوج على عبد الغير وحكمه كذلك فالخلع عليه أولى بخلاف البيع لان مبناه على المشاحة فالعجز يفضي اليها وهو لم يشرع الا قاطعها فلا يجوز تسمية الآبق فيه وبخلاف ما اذا خالعته على دابة وعلى أن تزوجه امرأة ومهرها عنه يصح الخلع لا التسمية فيرجع بمهرها الا ان الجهالة متفاحشة لاختلاف الاجناس فلا يمكن ايجاب شيء مسمى بعينه ولا قيمته بخلاف ما نحن فيه لانه يمكن تسليمه أو قيمته وغاية الامر أن يكون كتسمية عبد وسط فاذا صحت التسمية أوجبت تسليم المسمى فاشتراط البراءة عن ضمانه باطل لانه اشتراط عدم البدل في عقد المعاوضة وهو اشتراط عدم حكمه فيبطل هذا الشرط بخلاف اشتراط البراءة من عيب العوض لانه يصح وان كان مقتضى العقد يوجب سلامته كما يوجب أصله لان وجوب سلامته تبع لوجوبه فوجوب أصله هو مقتضى العقد ثم يجب كونه سليما الا ان وجوب مطلق الشيء يقتضي كماله لان المعيب فائت من وجه فكان الموجب الاصلي هو العيب فاشتراط نفيه اشتراط نفي نفس مقتضاه بخلاف اشتراط كونه معيبا الا انه اثباته ثم اسقاط بعض الحقوق التابع وجوبها لوجوبه وذلك لا يخل باثبات مقتضاه أو نقول السلامة انما هي مقتضى العقد الذي لم يشرط فيه عدمها وهو المطلق لا غيره بخلاف أصل البدل فانه حكم كل عقد مطلقا ولو اختلعت على عبد بعينه فمات في يد الزوجة فعليها قيمته ولو كان مات قبل الخلع رجع عليها بالمهر الذي أخذته لانها غرته بتسمية العبد ولو كان حرا فاستحق لزمها قيمته لانه تعذر تسليمه مع بقاء السبب الموجب لتسليمه ذكره شمس الائمة ويجب في صورة ما اذا كان مات قبل الخلع ان كان الزوج علم بذلك أن لا يجب له شيء كما قدمنا في الخل المعين اذا ظهر خمرا وهو يعلم وفي كافي الحاكم وان اختلعت بعبد حلال الدم فقتل عنده بذلك رجع عليها بقيمته كالاستحقاق وكذا لو كان وجب قطع يده فقطع عند الزوج رده وأخذ قيمته (قوله فطلقها واحدة) أي في المجلس حتى لو قام فطلقها لا يجب شيء (قوله فعليها ثلث الالف) وبه قال الشافعي وعن مالك تقع بالالف وعند أحمد تقع بغير شيء والدعوى موقوفة على اثبات التلازم بين طلبها الثلاث بألف وطلب الواحدة بثلثه فأثبته بقوله ان الباء تصحب الاعواض باتفاق والعوض ينقسم على المعوض بالضرورة والا لخلا بعضه عنه فيكون بعضه بلا عوض لكن الغرض ان لا تبرع بشيء منه لكن لازم هذا جعل كل طلقة بمقابلة ثلث الالف والمطلوب وهو طلب كل طلقة بثلثه لازمه لانه اذا كان العلم محيطا بالانقسام في نفس الامر يكون طلب الجملة بعوض طلب كل جزء منه بكل جزء منه لكن يبقى فيه أنه انما هو طلب الطلقة بحصتها حال كونها مع الطلقتين الاخريين لا منفردة فايقاعه الواحدة فقط ايقاع غير المسؤل فيقع بغير شيء وهو وجه قول الامام أحمد فالذا رتب في الكافي الدعوى على اللازم الاول وهو جعلها كل طلقة بثلثها وجعله نظير من يقول لغيره

وعليها تسليم عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت لانه عقد معاوضة يقتضي سلامة العوض فيكون اشتراط البراءة شرطا فاسدا لانه لا تقتضيه العقدة فيبطل دون الخلع لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة فان قيل سلمنا ان الخلع لا يبطل بها لكن ينبغي ان تفسد التسمية لاشتراط عدم وجوب تسليم المسمى واذا فسدت رجع الزوج عليها بما ساق اليها من المهر كما اذا اختلعت منه على دابة أجيب بأن العقد اذا كان صحيحا كان ما يناقضه من الشرط ساقطا والساقط لا يؤثر في فساد شيء وانما فسدت التسمية فيما اذا اختلعت على دابة للجهالة المستقبحة لكونها تنتظم أنواعا مختلفة من الحيوان فان قيل الخلع كما يوجب تسليم المسمى يوجب تسليمه بوصف كونه سليما واشتراط البراءة عن وصف السلامة صحيح فليصح اشتراطها عن تسليم المسمى أيضا أجيب بأن استحقاق التسليم فوق استحقاق السلامة فان بيع ما لا يقدر على تسليمه لا يجوز والبيع بشرط البراءة عن العيوب صحيح ولا يلزم من جواز الادنى جواز الاعلى ولان الرغبة في تملك الشيء للانتفاع به وذلك بالتسليم وباشتراط البراءة عنه يفوت المقصود ولا كذلك اشتراط البراءة عن العيوب وقوله (وعلى هذا النكاح) يعني اذا تزوج امرأة على عبد آبق على أنه بريء من ضمانه لم يبرأ وعليه تسليم عينه الخ (واذا قالت طالقني ثلاثا بالف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف) وكلامه واضح

(قوله ولا كذلك اشتراط البراءة عن العيوب) أقول فان الاصل هنالك باق فيجوز العقد

(وان قالت طلقني ثلاثا على ألف درهم فطلقها واحدة وقع طلاق رجعي ولا شيء عليها عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا وقعت تطليقة بائنة بثلث الالف لان الطلاق على مال من جانب المرأة معاوضة (وكلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم وعلى درهم سواء) واذا كان معاوضة انقسم أجزاء العوض على أجزاء المعوض (ولابي حنيفة ان كلمة على

(وان قالت طلقني ثلاثا على ألف فطلقها واحدة فلا شيء عليها عند أبي حنيفة رحمه الله و يملك الرجعة وقالا هي واحدة بائنة بثلث الألف) لأن كلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم أو على درهم سواء وله ان كلمة على للشرط قال الله تعالى يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيأ ومن قال لامرأته أنت طالق على أن تدخلي الدار كان شرطا وهذا لانه للزوم حقيقة واستعير للشرط لانه يلازم الجزاء واذ كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على أجزاء الشرط بخلاف الباء لانه للعوض على ما مر واذا لم يجب المال كان مبتدأ فوقع الطلاق و يملك الرجعة

بيع هؤلاء العبيد الثلاثة بألف فباع أحدهم بثلثها يجوز باعتبار انه تحصيل بعض المقصود كذا هذا بل أولى فان مقصودها الاصلي ملكها نفسها بقطع ملكه غير أنه ذكرت احدى صورتي ذلك وهو الثلاث بعد علمها بحصة كل منها فابانتها بواحدة تحصيل أصل المقصود في صورة أخرى فهو أولى بجوازه بحصتها بخلاف عدم الجواز في قوله بعتك هذه الاعبد الثلاثة بألف كل واحد بثلثها فقبل في واحد لا يجوز على قول أبي حنيفة فانه لمانع وهو تفريق الصفقة فانه ضرر على البائع لان عادة التجار ضم الجيد الى الرديء في الصفقة ليروجوا الرديء فالقبول في بعضها الحاق الضرر به وبخلاف ما لو قال لها أنت طالق ثلاثا بألف فقبلت في واحدة لا يقع شيء ولا يجب شيء لان الزوج هناك راض بالبينونة مقابلا بثلث الالف حيث كان الايقاع منه وفي هذه لم يرض بها الا وان يكون بازائها ألف ولم يوجد منه بعد الايجاب ما دل على الرضا ولو قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها ثلاثا متفرقة في مجلس واحد استحق الالف استحسانا وفي الذخيرة قالت طلقني ثلاثا على ألف ولم يبق من طلاقها الا واحدة فطلقها واحدة يلزمها الالف لانها التزمته بازاء الحرمة الغليظة وفي المرغيناني لو قال أنت طالق أربعا بألف فقبلت طلقت ثلاثا بألف ولو قبلت الثلاث بالالف لم يقع وفي الخلاصة قبيل الفصل الرابع في الامر باليد عن أبي يوسف لو قالت طلقني أربعا بألف فطلقها ثلاثا فهي بالالف ولو طلقها واحدة فبثلث الالف (قوله وهذا لانه للزوم حقيقة واستعير للشرط) يبين ان قوله قبله ان كلمة على للشرط مراده مجازا وفي النهاية لا يتم تعليل أبي حنيفة الا على تعليل المبسوط حيث ادعى أنها للشرط حقيقة لانه على تقدير كونها مستعارة للشرط لهما أن يقولا صارت تلك الاستعارة أولى من استعارتها لمعنى الباء بل استعارتها لمعنى الباء أولى لان حقيقتها الالزام بالاتفاق والمناسبة بين الالصاق واللزوم أكثر منها بين الالزام والشرط ثم نقل ما في المبسوط انها للشرط حقيقة وهو ممكن هنا اذ الطلاق مما يتعلق به فيجب اعتبارها فيه اذ لا يعدل الى المجاز مع امكان الحقيقة والحق أن يقال انها حقيقة للاستعلاء اذا اتصلت بالاجسام المحسوسة كقمت على السطح والعتبة وجلست على الارض والبساط ومسحت على رأسي وهو محمل اطلاق أهل العربية كونها للاستعلاء وفي غير ذلك هي حقيقة في معنى اللزوم الصادق في ضمن ما يجب فيه الشرط المحض نحو قوله يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيأ أي بشرط ذلك ونحوه أنت طالق على أن تدخلي الدار وما يجب فيه المعاوضة الشرعية المحضة كبعني هذا على ألف واحمله على درهم والعرفية كافعل كذا على أن أنصرك أو أعطيك أو أشفع لك عند فلان والمحل المتنازع فيه مما يصح فيه كل من الامرين لان الطلاق مما يتعلق على الشرط المحض والاعتياض به ولا مرجح وكون مدخولها مالا لا يرجح معنى الاعتياض فان المال يصح جعله شرطا محضا حتى لا تنقسم أجزاؤه

للشرط) أي تستعمل للشرط مجازا (قال الله تعالى يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيأ) أي بشرط عدم الاشراك بالله (ومن قال لامرأته أنت طالق على ان تدخلي الدار كان شرطا) و يجوز المجاز ماذكره المصنف انه استعير للشرط لانه يلازم الجزاء فكانت المناسبة بينهما من حيث اللزوم (واذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على أجزاء الشرط) وفيه بحث من وجهين أحدهما أن جعله بمعنى الشرط غير مستقيم لانه دخل على تمليك المال وذلك لا يقبل التعليق والثاني ان ماذهبتم اليه مجاز وماذهبنا اليه مجاز آخر وليس أحد المجازين بأولى من الآخر فان اللزوم كما هو موجود بين الشرط والجزاء فكذلك بين العوض والمعوض والجواب عن الاول ان المال فيما نحن فيه تابع للطلاق فجاز أن يقبله تبعا لمتبوعه وان لم يقبله مستقلا وعن الثاني ان اللزوم بين العوضين بالتضايف و بين الشرط والجزاء بالذات وكان جعله للشرط مجازا أقرب الى حقيقته والمجاز الاقرب الى الحقيقة أولى على ما عرف في الاصول (قوله على ما مر) أراد به قوله لان حرف الباء يصحب الاعواض على

(واذا لم يجب المال كان طلاقا مبتدأ) غير مبني على سؤالها (فوقع وله الرجعة)

(قوله فكانت المناسبة بينهما) اقول أي بين على والشرط (قوله و بين الشرط والجزاء) أقول أي جنسهما

(ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثا بألف أو على ألف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شئ) لان الزوج ما رضي بالبينونة الا لتسلم له الالف كلها بخلاف قولها طلقني ثلاثا بألف لانها لما رضيت بالبينونة بألف كانت ببعضها أرضى (ولو قال أنت طالق على ألف فقبلت طلقت وعليها الالف وهو كقوله أنت طالق بألف) ولابد من القبول في الوجهين لان معنى قوله بألف بعوض ألف يجب لي عليك ومعنى قوله على ألف على شرط ألف يكون لي عليك والعوض لا يجب بدون قبوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده والطلاق بائن لما قلنا

على أجزاء مقابله كما لو قالت ان طلقتني ثلاثا فلك ألف حتى لا يكون شئ من الطلقات مقابلا بشئ بل المجموع ينزل عند المجموع كما يصح جعله عوضا منقسما كما في بألف فعلى اعتبار المعاوضة ثلث الالف بالطلقة وعلى اعتبار الشرط لا إذ الشرط لا تتوزع أجزاؤه على أجزاء المشروط بل مجموعه مجعول علامة على نزول كله فدار الامر بين لزوم ثلث الالف وعدمه فلا يلزم بالشك ولا يحتاط في اللزوم إذ الاصل فراغ الذمة حتى يتحقق اشتغالها وعلى هذا التقرير يكون لفظا مشتركا بين الاستعلاء واللزوم وكونه لا يوجب التوقف عند اطلاقه كما في المشتركات لا ينفيه اذ غايته انه للزوم القرينة المعينة لاحد المفهومين وهو خصوص المادة أعني كون مدخولها جسما محسوسا أو غيره وكون المجاز خيرا من الاشتراك هو عند التردد أما عند قيام دليل الحقيقة وهو التبادر بمجرد الاطلاق فلا ولا شك أن الاشتراك واقع وليس الادليله على انه لو سلم دعوى ان المعنى الحقيقي هو الاستعلاء والمجازي اللزوم ليس بأولى من القلب وكون ذلك قول أهل العربية لا يرجحه لان أهل الاجتهاد هم أهل العربية وغيرها وأحد من الكل لا ينقل عن الواضع ان المعنى الحقيقي كذا بل ليس حكمهم به الا بناء على ما رأوه متبادرا عند الاطلاق لاهل اللسان ونحن أوجدناك تبادر اللزوم في ذلك النوع كما يتبادر الاستعلاء في الآخر هذا ولو تنزلنا الى كونه في اللزوم مجازا لم يضرنا في المطلوب فنقول لما تعذرت الحقيقة أعني الاستعلاء كان في المجازي أعني اللزوم وهذا المعنى المجازي معنى كلي صادق مع ما يجب فيه الشرطية وما يجب فيه المعاوضة الى آخر ما قلناه بعينه (قوله ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثا بألف) تقدم وجه الفرق بين ابتدائها وابتدائه (قوله ولو قال أنت طالق الى قوله ولابد من القبول) لو قال أنت طالق بألف أو على ألف أو خلعتك أو بارأتك أو طلقتك بألف أو على ألف يقع على القبول في مجلسها وهو يمين من جهته فيصح تعليقه واضافته ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس و يتوقف على البلوغ اليها إذا كانت غائبة لانه تعليق الطلاق بقبولها المال وهو من جهتها مبادلة فلا يصح تعليقها واضافتها ويصح رجوعها قبل قبول الزوج و يبطل بقيامها اما تعليقه بالقبول فلان الباء للمعاوضة وقدمنا ان في المعاوضات يتعلق الحكم بالقبول وكذا على عندهما فلا اشكال وعنده هي للشرط فلا بد من تقدير فعله فهو اما القبول أو الاداء و يتعين القبول بدلالة الحال وهو قصد المعاوضة فان قلت فلم لم تعتبر جهة المعاوضة في قولها طلقني ثلاثا على ألف فطلقها واحدة على قوله وكان يجب ثلثها فالجواب صلاحية هذا القدر لكونه قرينة معينة للشرط انه القبول أو الاداء بعد لزوم ارادة أحدهما لا يستلزم لزوم جعله موجبا الاصل المال من غير ان يثبت لزومه بل قالوا ما هو أبلغ من هذا وهو لو قال أنت طالق على ان تعطيني ألفا تعلق بالقبول مصرح به في جواب الرواية من كتب محمد اما لو قال إذا أعطيتني أو اذا جئتني بألف فلا تطلق حتى تعطيه للتصريح بجعل الاعطاء شرطا بخلافه مع على حتى إنه اذا كان على الزوج دين لها وقعت المقاصة في مثله في مسئلة على ان تعطيني دون ان أعطيتني الا أن يرضى الزوج طلاقا مستقبلا بألف لها عليه وذلك لانه يقال على ان تعطيني منك كذا و يراد قبوله في العرف قال تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون أي حتى يقبلوا للاجماع على ان بقبولها

وقوله (ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثا) ظاهر (ولو قال لها أنت طالق على ألف أو بألف يتوقف على قبولها في المجلس وهذا يمين من جهته فيصح تعليقه واضافته ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس ويتوقف على البلوغ ان كانت غائبة لانه تعليق الطلاق بقبولها المال وهو من جهتها مبادلة فلا يصح تعليقها واضافتها ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها عن المجلس وقوله لان معنى قوله بألف بعوض يجب لي عليك نظرا الى الباء ومعنى قوله على ألف على شرط ألف يكون لي عليك انما هو على قول أبي حنيفة وأما عندهما فلا فرق بين العبارتين (والعوض لا يجب بدون قبوله) ظاهر (وقوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده) يحتاج الى أن يضم اليه وبوجوده يكون الالف عليها وكونها عليها انما يكون بالقبول فاذا قبلت في المجلس وقع الطلاق ووجب عليها الالف ويكون الطلاق بائنا لما قلنا يعني في أول هذا الباب من الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة ومن المعقول وهو قوله ولانه لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها

(ولو قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف فقبلت وقع الطلاق ولاشئ عليها عند أبي حنيفة وكذا لو قال لعبده أنت حر وعليك ألف فقبل وكذلك الحكم ان لم يقبلا وقالا على كل واحد منهما الالف اذا قبلا واذا لم يقبلا لا يقع الطلاق والعتاق) ويعلم من هذا ان الخلاف في موضعين أحدهما ان المرأة أو العبد اذا قبل المال وقع الطلاق والعتاق مجانا عند أبي حنيفة ولا معتبر بقبولهما وعندهما يجب على المرأة والعبد المال والثاني انهما اذا لم (٢١٣) يقبلا المال يقع الطلاق والعتاق عنده كما اذا قبلا وعندهما اذا لم يقبلا لم يقعا (لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان قولهم احمل هذا المتاع ولك على درهم بمنزلة قولهم بدرهم) والخلع معاوضة فتحمل الواو على معنى الباء بدلالة حال المعاوضة كأنه قال أنت طالق بألف درهم فقبلت ولهما ههنا طريق آخر وهو أن تجعل الواو للحال كأنه قال أنت طالق في حال ما يجب لي عليك ألف ولا يكون ذلك الا بعد قبولها فاذا قبلت وجب الالف ولابي حنيفة رحمه الله أن قوله وعليك ألف جملة تامة من مبتدا وخبر وكل ما هو كذلك لا يرتبط بما قبله الا بدليل اذ الاصل في الجملة التامة الاستقلال ولا دليل ههنا (لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال) بل عادة الكرام فيهما الامتناع عن قبول عوض

(قوله والخلع معاوضة الخ) أقول أي من جهة المرأة فيه بحث اذ قد سبق في أول الباب ان الخلع يمين من الجانبين عندهما الا أن يكون الكلام الزاميا

(ولو قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف فقبلت أو قال لعبده أنت حر وعليك ألف فقبل عتق العبد وطلقت المرأة ولاشئ عليهما عند أبي حنيفة) وكذا اذا لم يقبلا (وقالا على كل واحد منهما الالف اذا قبل) واذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم وله انه جملة تامة فلا ترتبط بما قبله الا بدلالة اذ الاصل فيها الاستقلال ولا دلالة لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال

ينتهي الخرب معهم هذا ثم في قوله ان أعطيتني يشترط الاعطاء في المجلس لوقوع الطلاق وفي قوله إذا أو متى أعطيتني لا حاجة الى الاعطاء في المجلس وهذا يبين ان معنى المعاوضة ملاحظ وان ذكر بصريح الشرط وسنذكر نحوه من مختصر الحاكم وأما الثاني وهو اشتراط مجلسها فلانه معاوضة من جانبها حتى صح رجوعها اذا ابتدأت قبل قبول الزوج ولا يصح تعليقها ولا اضافتها والمبادلات تستدعي جوابا في المجلس فاذا لم تجب حتى قامت لم يعتبر قبولها إذ ذاك وفي جانبه هو يمين على ما سنذكره ﴿فرع﴾ قال لاجنبية أنت طالق على ألف ان تزوجتك فقبلت ثم تزوجها لا يعتبر القبول الا بعد التزوج ولم يحك خلافا في جوامع الفقه وغيره جعل هذا قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف اذا قبلت عند قوله ثم تزوجها طلقت والحق قول أبي حنيفة لانه خلع بعد التزوج فيشترط القبول بعده (قوله ولو قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف أو لعبده أنت حر وعليك ألف) أو قالت هي أو العبد طلقني أو أعتقني ولك ألف ففي ابتدائه يقع الطلاق والعتق بمجرد ذكرهما ولاشئ له قبلا أو ردا وفي الثاني يقع اذا أجاب ولاشئ له وقالا لا يقع شئ ما لم يقبلا فاذا قبلا وقع ولزمهما المال لهما ان هذا الكلام يقع لقصد المعاوضة حتى ان قوله للخياط خطه ولك درهم وللحمال احمله ولك درهم يقيدها ويلزم المسمى المعلوم بارادة تسبب الخياطة والحمل لكنه ترك لاحاطة العلم بارادته وطريقة افادة اللفظ لذلك ان تجعل الواو للحال فعنده الحاصل أنت طالق أو خطه في حال وجوب الالف لي عليك أو لك علي ولا يتحقق هذا الحال الا بقبوله فعنده يثبت شرط الطلاق إذ الاحوال شروط فيقع عقيبه ولزم المال فان قيل انما عرف ذلك للعلم بالمعاوضة لدلالة الحال عليه ولا كذلك ههنا قلنا الخلع أيضا معاوضة وله ان قوله وعليك وقولهما ولك ألف جملة تامة والاصل في الجملة التامة أن تستقل بنفسها فلا يعتبر فيها ما اعتبر فيما قبلها من القيود ولذا لو قال ان دخل فلان الدار فأنت طالق وضرتك طالق تطلق الضرة للحال الا بقرينة تفيد مشاركتها فيه كما في قوله ان دخلت فأنت طالق وعبدي حر فان العتق يتعلق أيضا بالدخول لان قوله وعبدي حر وان كان تاما الا انه في حق التعليق قاصر لان الخبر الاول لا يصلح خبراله بخلاف مسئلة الضرة لانه يكفيه أن يقول وضرتك ان كان غرضه التعليق لان خبر الاول يصلح خبراله ولا دلالة هنا لان الطلاق والعتاق لم يلزم فيهما المال ومع عدم اللزوم فالكرام يأبون قبول بدلهما أشد الاباء بخلاف الاجارة لانها لم تشرع الا معاوضة فلا بد فيها من المال حتى لو قال للخياط خطه مقتصرا لزم اذا خاطه أجرة المثل فوجب بقاء الواو على المعنى الحقيقي وهو العطف

(قوله لهما ان هذا الكلام الى قوله والخلع معاوضة) أقول كون الخلع معاوضة مسلم الا أن الكلام في كون هذا التصرف خلعا (قوله فتحمل الواو على معنى الباء) أقول فيه بحث (قوله ولهما ههنا طريق آخر وهو أن يجعل الواو الحال الى قوله ولا يكون ذلك الا بعد قبولها الخ) أقول اذ الاحوال شروط (قوله ولابي حنيفة رحمه الله الخ) أقول قال ابن الهمام الواو باقية على المعنى الحقيقي وهو العطف فيكون الزوج بعد الايقاع عطف أخرى هي دعوى المال عليهما ابتداء انتهى محصل كلامه ان المال في الصورتين لا يلزم الا بالاقرار أو البينة وهما منفردان هنا اذ القبول ليس باقرار

(بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يوجدان دونه) أى دون المال لكونهما معاوضة محضة فيصلح أن يكون حال المعاوضة دليلا (ولو قال أنت طالق على ألف على انى بالخيار أو على انك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت) طلقت فالخيار باطل (اذا كان للزوج وجائز اذا كان للمرأة فان ردت الخيار فى الثلاث بطل الطلاق وان أجازت) الطلاق أو لم ترد الخيار حتى مضت أيامه وقع الطلاق (ولزمها الالف عند أبى حنيفة وقالا الخيار باطل فى الوجهين والطلاق واقع وعليها الالف لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد ولا فسخ بعد الانعقاد ههنا لان التصرفين) يعنى ايجاب الزوج وقبول المرأة لا يحتملان الفسخ من الجانبين أما من جانبه فلانه يمين لانه ذكر شرط وجزاء معنى واليمين لا يقبل الفسخ وأما من جانبها فلأن قبول المرأة شرط تمام اليمين فان يمين الزوج تتم بقبول المرأة فأخذ

قبولها حكم اليمين فى عدم احتمال الفسخ (ولابى حنيفة ان الخلع فى جانبها بمنزلة البيع) ألا ترى انها لو رجعت صح ولو قامت من المجلس بطل كما فى البيع واذا كان كذلك صح اشتراط الخيار فيه وأما فى جانبه فيمين لانه لا يصح الرجوع عنه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا خيار فى الايمان فان قيل قد ثبت انه من جانبها شرط اليمين وشرط اليمين لا يقبل الفسخ أجيب بان كونه شرط يمين لا يمنع أن يكون تمليكا فى نفسه كمن قال لآخر ان بعتك هذا العبد بكذا فعبدى هذا الآخر حر انه معلق بالمعاوضة ولم يمنع كونه معاوضة أن يكون شرطا لليمين واذا كان كذلك ثبت فيه الخيار ثم لما بطل القبول بالرد بحكم الخيار بطل كونه شرطا لان كونه شرطا قائم بهذا الوصف وهو انه تمليك مال

بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يوجدان دونه (ولو قال أنت طالق على ألف على انى بالخيار أو على انك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت فالخيار باطل اذا كان للزوج وهو جائز اذا كان للمرأة فان ردت الخيار فى الثلاث بطل وان لم ترد طلقت ولزمها الالف) وهذا عند أبى حنيفة (وقالا الخيار باطل فى الوجهين والطلاق واقع وعليها ألف درهم) لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد والتصرفان لا يحتملان الفسخ من الجانبين لانه فى جانبه يمين ومن جانبها شرطها

فيكون الزوج بعد الايقاع عطف أخرى هى دعوى مال عليهما ابتداء وفى قولهما ولك ألف ايجاب صلة مبتدأة وعدا منهما والمواعيد لا يتعلق بها اللزوم فيبقى الطلاق والعتاق فيهما بلا بدل بخلاف قوله اد الى ألفا وأنت حر لان أول كلامه غير مفيد حكما معتبرا الا بآخره اذ لا معنى لامره بأدائها من غير موجب والقرينة فى حق العبد لا تبلغ هذا فيصير به تعليقا للعتق بأداء المال فيتوقف الوقوع عليه أما ههنا فأول الكلام مفيد بدون آخره منه ظاهر وكذا منهما لانه التماس صحيح كثيرا ما يفرد ذكره فلا يتوقف على مضمون آخره واعلم ان جعلهم الواو للعطف يستلزم عطف الخبر على الانشاء وهو ممتنع على ما ذكروه فى الاصول فيجب أن يكون واو الاستئناف وحينئذ ان ادعى انها حقيقة فيه تبادر اليه المنع فيحتاج فى ترجيحه على الحال الى دليل والجواب ان احتمال الواو للحال والاستئناف حاصل وبأحدهما يلزم المال وبالآخر لا فلا يلزم بالشك على انا نمنع كون جملة أنت طالق انشائية وكذا أنت حر وقدمنا فى باب ايقاع الطلاق الدلالة على انها خبرية والطلاق يقع عنده شرعا بالتطليق الثابت ضرورة فارجع اليه (قوله فقبلت) أى الطلاق على حكمه من التزام المال والخيار (فالخيار باطل اذا كان للزوج) فبمجرد قبولها ذلك يقع الطلاق ويلزمها المال (وهو جائز اذا كان للمرأة) فلا يقع بقبولها حتى تسقط الخيار أو تمضى الايام فاذا كان ذلك وقع ولزمها المال (فان ردت الخيار فى الايام بطل) الطلاق ولزوم المال (وهذا) التفصيل كله (عند أبى حنيفة) ولا يخفى ان العبارة الجيدة أن يقال فان ردت اختيار الطلاق بأن قالت لا أختار الطلاق وعبارة قاضيخان فان ردت الطلاق (وقالا الخيار فى الوجهين باطل والطلاق واقع بمجرد قبولها) وعليها المال (وجه قولهما ان الخيار للفسخ بعد الانعقاد) لانه لم يشرع الا فى عقد لازم كالبيع والكتابة (لا للمنع من الانعقاد والتصرفان أعنى ايجابه وقبولها) لا يحتملان الفسخ من الجانبين) أى لا منه ولا منها (لانه فى جانبه يمين) اذ حاصله تعليق الطلاق بقبولها المال (وفى جانبها شرطه) أى شرط هذه اليمين بتأويل الحلف فاذا قبلت كان ذلك وجود الشرط وشرط اليمين اذا وجدت لا يتصور فسخها فتعذر فسخها ولم يمكن جعل الخيار مانعا من الانعقاد لما مر فيبطل من الجانبين

(قوله فقبلت طلقت فالخيار باطل اذا كان للزوج) أقول العبارة المرتبة هكذا فقبلت فالخيار باطل اذا كان للزوج وطلقت والا فقوله جائز عطف على باطل فتأمل كيف يكون المعنى فالاصوب تأخير طلقت عن قوله للزوج حتى لا يلزم المحذور (قوله فان يمين الزوج تتم الخ) أقول فى حق ترتب الاثر (قوله أجيب بان كونه شرط يمين الخ) أقول فيه بحث فانه اذا باع العبد فيما ذكره من الصورة بالخيار يعتق العبد سواء فسخ البيع بعده بحكم الخيار أو لا لوجود شرط اليمين وذلك مراده بعدم قبول شرط اليمين الفسخ فالظاهر منع وجود الشرط اذ الشرط هو القبول الموجب لوجوب الالف عليها وظاهر ان وجوبه بعد سقوط الخيار وهذا مآل كلام الشارح آخرا فليتأمل

ولابى حنيفة ان الخلع فى جانبها بمنزلة البيع حتى يصح رجوعها ولا يتوقف على ماوراء المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه أما فى جانبه يمين حتى لا يصح رجوعه و يتوقف على ماوراء المجلس ولا خيار فى الايمان وجانب العبد فى العتاق مثل جانبها فى الطلاق (ومن قال لامرأته طلقتك أمس على ألف درهم فلم تقبلى فقالت قبلت فالقول قول الزوج ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بألف درهم أمس فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشترى) ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه فالاقرار به لا يكون اقرارا بالشرط لصحته بدونه أما البيع فلا يتم الا بالقبول والاقرار به اقرار بما لا يتم الا به فانكاره القبول رجوع منه

واذا بطل انبرم ماشرط فيه (وله ان الخلع فى جانبها بمنزلة البيع) يعنى معاوضة (ولذا صح رجوعها) عنه اذا ابتدأت قبل أن يقبل هو (ولا يتوقف على ماوراء المجلس) بالاتفاق بيننا حتى لو قامت فقبل هو أو قامت ثم قبلت فيما اذا كان هو المبتدئ لا يصح ولذ كرته بصريح الشرط فى الكافى للحاكم أبى الفضل اذا قالت ان طلقتنى ثلاثا فلك على ألف فان فعل فى المجلس فله الالف وان فعله بعده فلا شئ له (وفى جانبه يمين) كما قالا (حتى لا يصح رجوعه) بعد قوله أنت أو هى طالق على كذا أو بكذا (و يتوقف على ماوراء المجلس) فلا يبطل الا أن ينقضى مجلس خطابها أو مجلس بلوغها الخبر قبل أن تقبل ويصح تعليقه واضافته حتى لو قال اذا جاء غد فقد خالعتك على ألف أو فقد طلقتك على ألف وقبلت فى الغد فى مجلس علمها وقع ولزمها المال ولا يصح قبولها قبل الغد لان نفس الايجاب معلق بالشرط وهو عدم قبله ولا يصح القبول قبل الايجاب (ولا خيار فى الايمان) فبطل خياره ويصح فى البيع فيصح خيارها وكونه شرط يمينه لا يبطل حقيقته فى نفسه ألا ترى انه لو قال ان بعتك هذا فعبدى حر يكون نفس البيع شرط يمينه حتى يعتق بوجوده ولم يبطل به كونه معاوضة مستلزمة لحكمها من وجوب التسليم والرد بالعيب و بالخيار بخلاف مالو قال ان دخلت فأنت طالق على انك بالخيار لا يصح لانه خيار فى الطلاق لا معاوضة فان قيل ثبوت الخيار فى البيع بالنص على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره فالجواب أنا أثبتناه هنا بدلالة النص فان ثبوته فى البيع لدفع الغبن فى الاموال والغبن فى النفوس أشر والحاجة الى التروى فيه أكثر فانه ربما يفوتها هذا الازدواج على وجه لا يحصل مثله لها أبدا وهذا المعنى يقف عليه كل لغوى بعد علمه بشرعيته فى البيع فكان بدلالة النص (قوله وجانب العبد فى العتاق) أى على مال (كجانبها فى الطلاق) فيصح فيه شرط الخيار له اذا قال أنت حر على ألف على انك بالخيار ثلاثة أيام ﴿ فرع ﴾ من صور تعليق الخلع أن يقول ان دخلت الدار فقد خالعتك على ألف فتراضيا عليه ففعلت صح الخلع ذكره فى علامة السين من التجنيس لان التعليق من الزوج يجوز لانه طلاق وهذا يفيد أن قبولها قبل الشرط وفى الوجيز اذا قال اذا قدم فلان فقد خالعتك على ألف واذا جاء غد الخ كان القبول اليها بعد مجىء الوقت وقدوم فلان (قوله فالقول قول الزوج) أى مع يمينه وحقيقة الفرق بين الصورتين ان قوله طلقتك أمس على ألف اقرار بمجرد اليمين لا بوقوع الطلاق اذ هو لازم وجود الشرط لا لازمه والموجود بعد هذا منه ومنها الاختلاف فى وجود الشرط وهى تدعيه لتثبت الطلاق وهو منكر غير مناقض اذ لم يقتض انكاره القبول رجوعه عن شئ مما أقر به والقول للمنكر بخلاف قوله بعتك فانه اقرار بقبول المشترى اذ البيع لا يقوم الا به فانكاره قبوله رجوع عما أقر به فلا يقبل حتى لو كان قال لها بعتك طلاقك أمس فلم تقبلى فقالت بل قبلت كان القول قولها وقوله لعبده أعتقتك أمس على ألف فلم تقبل و بعتك أمس نفسك بألف فلم تقبل على قياس قول الزوج لها ولهذه المسئلة أخوات فى كتب محمد رحمه الله تعالى هى قال لها قد طلقتك واحدة بألف فقبلت فقالت انما سألتك ثلاثا بألف فطلقتنى واحدة فلك ثلثها القول للمرأة مع يمينها فان أقاما البينة فالبينة بينة الزوج وكذا لو اختلفا فى مقدار الجعل بعد الاتفاق على الخلع أو قالت اختلعت بغير شئ فالقول قولها والبينة

(وجانب العبد فى العتاق مثل جانبها فى الطلاق) يعنى يصح الخيار من العبد اذا خيره المولى فى الاعتاق على مال كما يصح الخيار فى الخلع من جانب المرأة (ومن قال لامرأته طلقتك أمس على ألف درهم فلم تقبلى فقالت قبلت فالقول قول الزوج ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بألف درهم أمس فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشترى ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه) فانه تعليق الطلاق بقبولها المال ولهذا لم يصح الرجوع عنه (والاقرار به) أى باليمين على تأويل الحلف أو المذكور (لا يكون اقرارا بوجود الشرط لصحته) أى لصحة اليمين (بدونه) أى بدون الشرط (أما البيع فلا يتم الا بالقبول) ولهذا ملك الرجوع قبل القبول (فالاقرار به) أى بالبيع (اقرار بما لا يتم الا به فانكاره القبول رجوع منه) عن الاقرار وهو غير مسموع

قال (والمبارأة كالخلع) المبارأة بفتح الهمزة مفاعلة من بارأ شريكه اذا أبرأ كل واحد منهما صاحبه وترك الهمزة خطأ كذا في المغرب والاصل في هذا الفصل ان المبارأة والخلع (كلاهما يسقط كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح) كالمهر والنفقة الماضية دون المستقبلة لان للمختلعة والمبارأة النفقة والسكنى مادامت في العدة به صرح الحاكم الشهيد في الكافي وهذا (عند أبي حنيفة وقال محمد لا يسقط فيهما الا ما سمياه وأبو يوسف معه في الخلع ومع أبي حنيفة في المبارأة) فلو كان مهرها ألفا فاختلعت منه قبل الدخول على مائة درهم من مهرها فليس لها ان ترجع على الزوج بشئ في قول أبي حنيفة وفي قولهما ترجع عليه باربعمائة ولو كانت قبضت الالف ثم اختلعت بمائة درهم لم يكن للزوج غير المائة في قوله وعندهما يرجع عليها الى تمام النصف واذا خالعها على مال مسمى معلوم معروف سوى الصداق فان كانت المرأة مدخولا بها والمهر مقبوض فانها تسلم الى الزوج ولا يتبع أحدهما الآخر بعد الطلاق بشئ وان كان المهر غير مقبوض فالمرأة تسلم الى الزوج بدل الخلع ولا ترجع على الزوج بشئ من المهر عند أبي حنيفة خلافا لهما وأما اذا كانت المرأة غير مدخول بها والمهر مقبوض فان الزوج يأخذ منها بدل الخلع ولا يرجع عليها بنصف المهر بسبب الطلاق قبل الدخول عند أبي حنيفة وان لم يكن المهر مقبوضا يأخذ الزوج منها بدل الخلع وهي لا ترجع على زوجها بنصف المهر عند أبي حنيفة خلافا لهما وأما اذا بارأها على مال معلوم سوى المهر فالجواب فيه عند محمد كالجواب في الخلع عنده وعند أبي يوسف الجواب فيه كالجواب في الخلع عند أبي حنيفة

قال (والمبارأة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند أبي حنيفة) وقال محمد لا يسقط فيهما الا ما سمياه وأبو يوسف معه في الخلع ومع أبي حنيفة في المبارأة

بينة الزوج أما اذا اتفقا انها سألته أن يطلقها ثلاثا بألف وقالت طلقتني واحدة وقال هو ثلاثا فالقول قوله ان كانا في المجلس ألا ترى انه لو قال لها أنت طالق أنت طالق أنت طالق في مجلس سؤالها الثلاث بألف كان له الالف فغاية هذا أن يكون موقعا الباقي في المجلس فيكون مثله وان كان في غير ذلك المجلس لزمها الثلاث وان كانت في العدة من المتفق عليه ولا يكون للزوج الا ثلث الالف وان قالت سألتك أن تطلقني ثلاثا على ألف فطلقتني واحدة فلا شئ لك يعني على قول أبي حنيفة وقال هو بل سألتني واحدة على ألف فطلقتكها فالقول قولها على قول أبي حنيفة رضي الله عنه وان قالت سألتك ثلاثا بألف فطلقتني في ذلك المجلس واحدة والباقي في غيره فقال بل الثلاث فيه فالقول لها وان قالت سألتك أن تطلقني أنا وضرتي على ألف فطلقتني وحدي وقال طلقتها معك وقد افترقا عن ذلك المجلس فالقول لها وعليها حصتها من الالف والاخرى طالق باقراره وكذا ان قالت فلم تطلقني ولا هي في ذلك المجلس وفي مسئلة خلع الثنتين بسؤال واحد تنبيه وهو انه اذا خلع امرأتيه على ألف كانت منقسمة على قدر ما تزوجهما عليه من المهر حتى لو سألتاه طلاقهما على ألف أو بألف فطلق احداهما لزم المطلقة حصتها من الالف على قدر ما تزوجها عليه فان طلق الاخرى في ذلك المجلس أيضا لزمها أيضا حصتها لا أن الالف تنقسم عليهما بالسوية ولو طلقها بعد ما افترقوا فلا شئ له واذا ادعت المرأة الخلع وأنكره الزوج فاقامت بينة فشهد أحدهما بالالف والآخر بألف وخمسمائة أو اختلفا في جنس الجعل فالشهادة باطلة وان كان الزوج هو المدعي للخلع والمرأة منكرة فشهد أحد شاهديه بالف والآخر بالف وخمسمائة والزوج يدعي ألفا وخمسمائة جازت شهادتهما على ألف وان ادعى ألفا لم تجز شهادتهما ولزمه الطلاق باقراره وكذا لا تجوز شهادتهما اذا اختلفا في جنس الجعل أيضا الكل من مختصر الحاكم أبي الفضل لكلام محمد رحمه الله ولو اختلفا في مقدار العوض فالقول لها عندنا وعند الشافعي رحمه الله يتحالفان (قوله والمبارأة كالخلع) بفتح الهمزة مفاعلة من البراءة وترك الهمزة خطأ كذا في المغرب وهو أن يقول بارأتك على ألف وتقبل وقوله (يسقطان كل حق الى آخره) مقيد بالمهر والنفقة الماضية اذا كانت مفروضة بخلاف نفقة العدة والسكنى في العدة لا تقع البراءة منهما وان كانا من حقوق النكاح بل للمختلعة النفقة والسكنى الا ان اختلعت على نفقة العدة فتسقط دون السكنى لانها حق الشرع واطلاق جواب المسئلة يقتضي سقوط المهر في جميع الصور سواء سميا شيأ في الخلع او لا وليس كذلك وجملته انهما اما أن لا يسميا شيأ بان يقول خالعتك فقبلت ولم يذكرا شيأ أو سميا المهر أو بعضه أو مالا آخر فان لم يسميا شيأ ففيه ثلاث روايات احداها لا يبرأ الزوج عن المهر حتى تأخذه ان لم يكن مقبوضا والثانية يبرأ كل منهما عنه وعن دين آخر سواه والثالثة يبرأ كل منهما عن المهر لا غير فلا يطالب به أحدهما الآخر وهو الصحيح على قول أبي حنيفة سواء كان قبل الدخول أو بعده مقبوضا كان أو لا حتى لا ترجع عليه بشئ ان لم يكن مقبوضا ولا يرجع الزوج عليها به ان كان مقبوضا كله والخلع قبل الدخول

(قوله كلاهما يسقط الخ) أقول كلاهما مبتدأ (قوله والنفقة الماضية) أقول المفروضة (قوله سوى الصداق) أقول بالاتفاق

لمحمد ان هذه معاوضة وفى المعاوضات يعتبر المشروط لا غيره ولابى يوسف ان المبارأة مفاعلة من البراءة فتقتضيها من الجانبين وانه مطلق قيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض أما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل فى نقض النكاح ولا ضرورة الى انقطاع الاحكام ولابى حنيفة ان الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو مطلق كالمبارأة فيعمل باطلاقهما فى النكاح وأحكامه وحقوقه

وهذا لان المال مذكور عرفا بالخلع فحيث لم يصرح به لزم ماهو من حقوق النكاح بقرينة ان المراد الانخلاع منه وان سميا المهر فان كان بعد الدخول وليس مقبوضا سقط عنه كله وان كان مقبوضا رجع عليها بجميعه بالشرط وان كان قبل الدخول فان كان مقبوضا ففى القياس يرجع عليها به وبقدر نصفه كله بالشرط ونصفه بالطلاق قبل الدخول حتى لو كان ألفا رجع بألف وخمسمائة وفى الاستحسان بالمقبوض فقط لان المهر اسم لما تستحقه المرأة وهو نصف المسمى قبل الدخول فيجب عليها رده بالشرط ورد النصف الآخر بالطلاق قبل الدخول لانها قبضت مالا تستحقه فيجب عليها رده كذا ذكره قاضيخان قيل وينبغى ان لا يجب الا النصف بالشرط ويسقط الباقى بحكم الخلع كما اذا خالعها على مال آخر قبل الدخول وقد قبضت كل المهر حيث لا يجب عليها رد شئ منه وسيأتى وكما اذا سميا بعض المهر فانه يجب عليها المسمى بالشرط ويسقط الباقى بحكم الخلع ولكن قد يقال ينبغى أن يجب كل المسمى بالشرط لان المهر اسم لما صحت تسميته فى العقد غير انه سقط نصفه بالطلاق قبل الدخول واشتراط المهر له كان قبل الطلاق فينصرف الى تمامه فاذا كانت قبضته ووقع الطلاق قبل الدخول رجع عليها بكله بالشرط وان لم يكن مقبوضا ففى القياس يسقط عنه كله ويرجع عليها بخمسمائة لانه يستحق قدره بالشرط وهى تستحق عليه خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيلتقيان قصاصا بقدره ويرجع عليها بالزائد وفى الاستحسان لا يرجع عليها بشئ لما أن المهر اسم لما تستحقه وهو خمسمائة فيجب لها ذلك ويجب له مثله عليها بالشرط فيلتقيان قصاصا وان سميا بعض المهر بان خالعها على عشره مثلا والمهر ألف فان كان بعد الدخول وكله مقبوض رجع عليها بمائة بالشرط وسلم الباقى لها وان كان غير مقبوض سقط عنه كله مائة بالشرط والباقى بحكم الخلع وان كان قبل الدخول وكله مقبوض ففى القياس يرجع عليها بستمائة مائة بالشرط وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول وفى الاستحسان يرجع عليها بخمسين لانه عشر مهرها قبل الدخول وبرئت المرأة عن الباقى بحكم لفظ الخلع وعلى ما بحثناه ينبغى ان يرجع بمائة وان لم يكن مقبوضا سقط كله استحسانا عشره بدل الخلع والنصف بالطلاق قبل الدخول والباقى بحكم الخلع وان سميا مالا آخر غير المهر فان كان بعد الدخول والمهر مقبوض فله المسمى ليس غير وان لم يكن مقبوضا فله المسمى وسقط عنه المهر بحكم الخلع وان كان قبل الدخول والمهر مقبوض فله المسمى وسلم لها ما قبضت ولا يجب عليها رد شئ منه وان لم يكن مقبوضا فله المسمى بالشرط وسقط عنه المهر بحكم الخلع اذا عرفت هذا جئنا الى الخلافية (وجه قول محمد رحمه الله ان هذه معاوضة) وأثر المعاوضة ليس الا فى وجوب المسمى لا فى اسقاط غيره وصار كما اذا وقع بلفظ الطلاق على مال ولذا لا يسقط دين آخر ولا نفقة العدة وان كانت من آثار النكاح مع أن النفقة أضعف من المهر (ولابى يوسف ان المبارأة من البراءة فتقتضى البراءة من الجانبين وانه مطلق) فى كل دين الا أنا (قيدناه بالواجب بالنكاح لدلالة الغرض) فان الغرض المبارأة من متعلقاته أما الخلع فانما يقتضى فصلا وانخلاعا وحقيقته تتحقق فى حق النكاح غير متوقفة على سقوط المهر ولابى حنيفة رضى الله عنه ان الخلع صلح وضع شرعا لقطع المنازعة الكائنة بسبب النشوز الكائن بسبب الوصلة القائمة بينهما بسبب النكاح

النكاح (ولابى يوسف ان المبارأة مفاعلة من البراءة) والمفاعلة تقتضى الفعل من الجانبين وذلك يقتضى براءة كل واحد منهما عن الآخر (وانه) أى لفظ البراءة على ماقيل أو على تأويل المذكور (مطلق وقيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض) وهو وقوع البراءة عما وقعت البراءة لاجله وهو النشوز الحاصل بسبب وصلة النكاح وانقطاع المنازعة انما يكون باسقاط ماوجب باعتبار تلك الوصلة كذا فى بعض الشروح وقيل الغرض هو قطع المنازعة الناشئة بالنكاح وتقييد البراءة بالحقوق الواجبة بالنكاح أما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل فى نفس النكاح فلا ضرورة الى انقطاع الاحكام (ولابى حنيفة ان الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل) وهو انفصال العامل عنه والفصل لا يكون الا عن وصل ولا وصل الا بالنكاح وحقوقه لازمة له وقد صدر مطلقا من غير قيد بالنكاح (كالمبارأة فيعمل بالاطلاق كما فى المبارأة فى النكاح وأحكامه وحقوقه) قوله لا يكمل الفصل

ونفقة العدة لم تكن واجبة عند الخلع فتسقط به وانما تجب بعده شيأ فشيأ فتمام

(قوله كذا فى بعض الشروح) أقول يعنى شرح تاج الشريعة (قوله ونفقة العدة لم تكن واجبة الخ) أقول جواب سؤال

فتمام تحقق مقصوده بجعله مسقطا لما وجب بسبب تلك الوصلة فيسقط المهر والاعادعلى موضوعه بالنقص لان لفظه ولفظ المبارأة يفيدان اطلاقهما ذلك فى المبارأة كما قال أبو يوسف ولفظ الخلع يفيد انخلاع كل منهما عن الآخر دون أحدهما بعينه فانه اذا انخلع أحدهما عن الآخر على وجه الكمال بان ينخلع من كل وجه انخلع الآخر كذلك وثبوته على هذا الوجه بسقوط مطالبة كل منهما الآخر بواجب النكاح بخلاف لفظ الطلاق فانه ليس فيه ما يدل على سقوط الحقوق الواجبة بالنكاح على أن على رواية الحسن عن أبى حنيفة أن الطلاق على مال كالخلع يسقط به ما يسقط بالخلع وبخلاف دين آخر لان شرعية الخلع لقطع النزاع الحاصل بسبب وصلة النكاح لامطلقا وبخلاف نفقة العدة فانها ليست من مواجب النكاح بل يحدث وجوب تعلقها بعده حتى لو شرطا سقوطها فى الخلع سقطت باعتبار ما تستحقه وقت الخلع والباقى سقط تبعا فى ضمن الخلع أما لو لم تسقطها حتى انخلعت ثم اسقطت لا تسقط لاسقاطها حينئذ قصدا لما لم يجب فانها انما تجب شيأ فشيأ بخلاف ذلك الاسقاط الضمنى وأما السكنى فلما كانت فى غير بيت الطلاق معصية لا يصح اسقاطها بحال الا ان أبرأته عن مؤنة السكنى بان كانت ساكنة فى بيت نفسها أو انها تعطى الاجرة من مالها فانه يصح حينئذ التزامها ذلك وفى القنية الابراء وجد بعد وجود سبب النفقة فيصح وان لم تكن واجبة عنده قيل ما سبق هو الصحيح وما ذكره فى القنية يبطل بالابراء بعد الخلع فانه لا يصح لكن فى الينابيع لو أبرأته عن نفقة العدة بعد الخلع صح قال هكذا ذكره الطحاوى انتهى بخلاف الابراء منها حال قيام النكاح لان الابراء من النفقة المستقبلة لا يصح هذا ولقائل أن يقول الوجه الاول يقتضى سقوط المهر بالطلاق على مال والثانى يوجب كون لفظ الطلاق مطلقا مسقطا له لانه يفيد انطلاقها أى المرأة وانطلاقها عن الزوج يوجب مثله فى حقه وتحقق حقيقة انطلاق كل منهما عن الآخر على الكمال بقطع مطالبة كل الآخر بواجب النكاح كما قلنا فى الخلع بعينه فالذى يظهر من جهة الدليل ترجيح الوجه الاول والتزام رواية الحسن عن أبى حنيفة فى الطلاق على مال أنه أيضا يسقط المهر كالخلع والا فالحال ما علمت ولو كان الخلع بلفظ البيع والشراء أى بأن قال بعتك نفسك بألف فقالت اشتريت اختلف المشايخ فى انه على قول أبى حنيفة رضى الله عنه كالخلع والمبارأة أولا وصحح فى الفتاوى الصغرى انه كالخلع والمبارأة وترجح قول محمد رحمه الله تعالى بانه عقد معاوضة فلا يزداد على ما تراضيا عليه واللفظ وان كان ينبئ عن الفصل فالفصل وجد على مقدار رضيا به فكيف يسقط غيره ذهول عن التحقيق فانه إذا أنبأ عن الانفصال فى متعلقات النكاح واقتضى ذلك ان تسقط مطالبة كل الآخر بالمهر ثم وقع التراضى على ابانة بمال فقد وقع التراضى على اثبات سقوط ملك النكاح والمهر بذلك المال فيثبت بمقتضاه مع ذلك المال بالضرورة ﴿ تنبيه ﴾ لا يسقط المهر بخلع الاجنبى بمال نفسه لانه لا ولاية للاجنبى فى اسقاط حقها ذكره شمس الائمة وكذا الامة إذا اختلعت من زوجها بغير إذن المولى يقع الطلاق ولا يسقط المهر بخلاف ما اذا كان باذنه فيسقط وتباع فى بدل الخلع وفيما اذا كان بغير اذنه لا تطالب به الا بعد العتق وأم الولد والمدبرة فى الاذن يؤديان من كسبهما ﴿ فروع ﴾ اذا شرطا بدلا للخلع البراءة من نفقة الولد وهى مؤنة الرضاع ان وقتا لذلك وقتا كسنة مثلا صح ولزم والا لا يصح وفى المنتقى ان كان الولد رضيعا صح وان لم يبين المدة وترضع حولين اهـ بخلاف الفطيم وفى الخلاصة امرأة اختلعت من زوجها على مهرها ونفقة عدتها وعلى ان تمسك ولدها منه ثلاث سنين أو عشرا بنفقته صح الخلع ويجب ذلك وان كان مجهولا يعنى قدر النفقة وهذا لما علمت ان الجهالة غير المتفاحشة متحملة فى الخلع فان تركته على زوجها وهربت فللزوج ان يأخذ قيمة النفقة منها ولها ان تطالبه بكسوة الصبى إلا ان اختلعت على نفقته وكسوته فليس لها المطالبة وان كانت الكسوة

(ومن خلع ابنته وهى صغيرة بمالها لم يجز عليها) لان ولاية الاب نظرية ولا نظر لها فيه أى فى هذا الخلع (لان البضع فى حالة الخروج غير متقوم ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث) والبدل متقوم ومقابلة ما ليس بمتقوم بماله قيمة ليست من النظر فى شئ (بخلاف النكاح) فان الرجل اذا زوج ابنه الصغير امرأة بمهر المثل صح لان البضع متقوم حالة الدخول ولهذا يعتبر نكاح المريض

بمهر المثل من جميع المال فكان مقابلة المتقوم بالمتقوم وهو من وجوه النظر واذا لم يجز الخلع لم يسقط المهر ولا يستحق الزوج من مالها بدل الخلع وهل يقع الطلاق أو لا يقع فيه روايتان فى رواية يقع وفى أخرى لا يقع ومنشأ الروايتين قول محمد فى الكتاب لم يجز فانه يحتمل ان ينصرف الى الطلاق وان ينصرف الى لزوم المال والصحيح ان الطلاق واقع وعدم الجواز منصرف الى المال نص عليه فى المنتقى فقال لان لسان الاب كلسانها ولو خالع امرأته الصغيرة على مهرها فقبلت أو قالت الصغيرة لزوجها اخلعنى على مهرى ففعل وقع الطلاق بغير بدل واختاره المصنف فقال (والاول أصح لانه تعليق بشرط قبوله) أى قبول الاب فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط مثل ان يقول ان دخلت الدار وغيره وفى ذلك يقع اذا وجد الشرط فكذلك اذا وجد القبول ووجه الرواية الاخرى ان الخلع فى معنى اليمين والايمان لا تجرى فيها النيابة ولو انعقد من الاب انعقد بطريق النيابة الا ان هذا لا يقوى فان الاب يوجد منه شرط اليمين لا نفس اليمين وشرط اليمين يصح من كل واحد

قال (ومن خلع ابنته وهى صغيرة بمالها لم يجز عليها) لانه لا نظر لها فيه اذ البضع فى حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند الدخول ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال واذا لم يجز لا يسقط المهر ولا يستحق مالها ثم يقع الطلاق فى رواية وفى رواية لا يقع والاول أصح لانه تعليق بشرط قبوله فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط

مجهولة وسواء كان الولد رضيعا أو فطيما ولو اختلعت على دراهم ثم استأجرها ببدل الخلع على ارضاع الرضيع جاز ولو استأجرها به على امساك الفطيم بنفقته وكسوته لا يجوز وفى المحيط ذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى فى امرأة اختلعت من زوجها بمالها عليه من المهر وبرضاع ولده الذى هى حامل به إذا ولدته إلى سنتين جاز فان مات أو لم يكن فى بطنها ولد ترد قيمة الرضاع ولو مات بعد سنة ترد قيمة رضاع سنة وكذا إذا ماتت هى عليها قيمته انتهى ولو كانت قالت عشر سنين رجع عليها باجرة رضاع سنتين ونفقة باقى السنين الا ان قالت عند الخلع ان مات أو مت فلا شئ على فهو على ما شرطت قاله أبو يوسف ولو اختلعت على ان تمسكه الى وقت البلوغ صح فى الانثى لا الغلام واذا تزوجت فللزوج أن يأخذ الولد ولا يتركه عندها وان اتفقا على ذلك لان هذا حق الولد وينظر الى مثل امساك الولد فى تلك المدة فيرجع به عليها ولو اختلعت على ارضاعه ثم صالحت الزوج على شئ يصح ولو خالعته على نفقة ولده عشرا وهى معسرة فطالبته بنفقته يجبر عليها وما شرط حق عليها وعليه الاعتماد لا على ما أفتاه بعضهم من سقوط النفقة ولو خالعها بمالها عليه من المهر ثم تذكر أنه لم يبق عليه شئ من المهر وقع ووجب عليها رد المهر ومثله لو خالعها على عبدها الذى لها عنده أو متاعها ثم ظهر ان ليس فى يده شئ وقع على مهرها فان لم تكن قبضته سقط وان قبضته ردته أو مثله أو قيمته ولو خالعها بمهرها وهو يعلم ان ليس لها عليه مهر وقع بائنا مجانا ولو كان طلقها بمهرها فقبلت والزوج يعلم انه لا مهر لها وقع رجعيا مجانا (قوله لم يجز عليها) يحتمل عدم وقوع الطلاق بسؤال الاب لانه لم يضمن بدل الخلع فصار كأن الزوج خاطب البنت بالخلع فيتوقف على قبولها وان كانت صغيرة ويحتمل عدم لزوم المال بعد وقوع الطلاق فلما صرح بأن الاصح وقوعه تعين أن المراد الثانى وهذا لانه لا نظر لها فيه اذ البضع حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم فاعطاء المتقوم من مالها بعوض غير متقوم لا يجوز لانه فى معنى التبرع بمالها (قوله بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند الدخول) فلو زوج ابنه الصغير بمهر المثل جاز عليه ولزم المهر فى مال الابن لانه أعطى المتقوم من ماله بمتقوم (قوله ولهذا يعتبر خلع المريضة) متصل بكون البضع غير متقوم حالة الخروج وقدمنا فى أول الباب ان الواجب للزوج ان ماتت فى العدة الاقل من ميراثه ومن بدل الخلع اذا كان يخرج من الثلث وان لم يخرج فله الاقل من الارث والثلث اذا ماتت فى العدة فان ماتت بعدها أو كانت غير مدخول بها فله بدل الخلع ان خرج من الثلث (قوله ونكاح المريض الخ) متصل بانه متقوم حال الدخول (قوله والاول أصح) نص عليه فى المنتقى ووجهه ما ذكر من انه تعليق بقبول الاب وقد وجد الشرط وما ذكر فى وجه الرواية الاخرى من ان الاب لما لم يضمن المال صار كأنه خاطب الصغيرة فيتوقف على قبولها وان لم يلزمها المال وما قيل من ان الخلع فى معنى اليمين والايمان لا تجرى فيها النيابة فالملازمة الاولى ممنوعة وكون الموجود من الاب يمينا غير صحيح بل مجرد الشرط وشرط اليمين يصح من

(قوله وقع الطلاق بغير بدل) أقول فكذا هذا

(وان خالعها على ألف على انه) أى الاب (ضامن فالخلع واقع والالف عليه) أى على الاب ومعنى الضمان ههنا التزام المال على نفسه لا الكفالة عن الصغيرة لان الزوج لا يستحق عليها مالا حتى يتكفل عنها أحد ووجه ذلك ماذكره (ان اشتراط بدل الخلع على الاجنبى صحيح) لكونه فى معنى المختلعة فى عدم دخول شئ يقابل البدل فى ملكه (فعلى الاب أولى) وذكر فى وجه الاولوية ان للاب ولاية التصرف فى مال ولده الصغير بيعا وشراء واجارة وايداعا وابضاعا ولا يجوز هذا التصرف من الاجنبى ثم اشتراط بدل الخلع على نفسه تصرف من التصرفات فلما جاز ذلك من الاجنبى مع انه ليس له ولاية عامة التصرفات فى مال الصغير فلان يجوز من الاب وله ذلك اولى وفيه تأمل فان التصرف فى مال الصغير إنما يؤثر فى الاولوية ان لو تعلق بدل الخلع بمال الصغيرة وليس كذلك وكان تلك الولاية وعدمها سواء ولعل الاولى ان يقال الخلع تصرف دائر بين النفع والضرر أو نفع محض كقبول الهبة على ماقيل فاذا كان التزام بدله من الاجنبى صحيحا مع قصور الشفقة فلان يصح من الاب مع وفورها أولى فان قلت على ماذكرت من كون الاجنبى فى معنى المرأة فى عدم دخول شئ يقابل البدل فى ملكه يجب ان يصح اعتاق الرجل عبده على مال على

الاجنبى كما يصح على ماله عليه لانه لا يدخل فى ملك الاجنبى شئ كالعبد وليس كذلك قلت تحصل للعبد حرية نفسه التى هى حياة معنوية وسبب لحصول الاملاك وليس الاجنبى كذلك لا يقال فى الخلع أيضا تحصل للمرأة الحرية عن رق النكاح وليس الاجنبى كذلك لانا نقول العتق يثبت الحرية والقوة الشرعية والخلع يرفع المانع لتعمل القوة الشرعية عملها فلم يكن فيه اثبات شئ بخلاف العتق (قوله ولا يسقط مهرها) يعنى وان كان الخلع يسقطه (لانه لم يدخل تحت ولاية الاب) لانه ليس من النظر والولاية نظرية وقوله (وان شرط الالف) يعنى ان الزوج ان شرط الالف على الصغيرة (توقف على قبولها ان كانت من أهل القبول) بأن تعقل العقد وتعبر عن نفسها (فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من أهل الغرامة وان قبله الاب عنها ففيه) أى فى هذا القبول (روايتان) فى رواية يصح لان هذا نفع محض للصغيرة لان الصغيرة تتخلص من عهدته بغير مال فصح من الاب كقبول الهبة كذا فى مبسوط فخر الاسلام وفيه نظر وفى رواية لا يصح لان هذا القبول بمعنى شرط اليمين وذلك مما لا يحتمل النيابة

(وان خالعها على ألف على انه ضامن فالخلع واقع والالف على الاب) لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبى صحيح فعلى الاب أولى ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل تحت ولاية الاب (وان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من أهل القبول فان قبلت وقع الطلاق) لوجود الشرط (ولا يجب المال) لانها ليست من أهل الغرامة فان قبله الاب عنها ففيه روايتان

من كل أحد هذا اذا قبل الاب فان قبلت وهى عاقلة تعقل ان النكاح جالب والخلع سالب وقع الطلاق بالاتفاق ولا يلزمها المال وفى جوامع الفقه طلقها بمهرها وهى صغيرة عاقلة فقبلت وقعت طلقة ولا يبرأ وان قبل أبوها أو أجنبى روى هشام عن محمد رحمه الله انه يقع وروى الهندوانى عن محمد انه لا يقع ولو بلغت فأجازت جاز (قوله على انه) أى الاب ضامن المراد من الضمان هنا التزام المال لا الكفالة عن الصغيرة لعدم وجوب المال عليها (فالخلع واقع) سواء خلعها الاب على مهرها وضمنه أو ألف مثلا (فيجب الالف عليه لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبى صحيح فعلى الاب) وانه يملك التصرف فى نفسها وما لها بالاقراض والايداع والاجارة والابضاع (أولى) بخلاف بدل العتق لا يجوز اشتراطه على الاجنبى لانه يحصل به للعبد مالم يكن حاصلا وهو اثبات الاهلية وهو القوة عن ذلك الاسقاط بخلاف اسقاط الملك فى الخلع لا يحصل عنه للمرأة مالم يكن حاصلا قبل فصار الاجنبى والاب مثلها فى انه لم يحصل لها شئ بخلاف العبد فانه حصل ماذكرناه والعوض لا يجب على غير من يحصل له المعوض فصار كثمن المبيع الا أن البيع يفسد بالشروط الفاسدة والخلع لا يفسد بها (ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل فى ولاية الاب) فاذا بلغت تأخذ نصف الصداق ان كان قبل الدخول وكله ان كان بعده من الزوج ويرجع هو على الاب الضامن أو ترجع هى على الاب ولا يرجع هو على الزوج ولو كان المهر عينا أخذته من الزوج كله ان كان بعد الدخول ونصفه ان كان قبله ويرجع الزوج على الاب الضامن قيمته (قوله وان شرط) أى لو شرط الزوج الالف عليها (توقف على قبولها ان كانت من أهل القبول) بان تكون مميزة وهى أهلية المرأة لقبول بدل الخلع ان شرط بان تعرف ان النكاح جالب والخلع سالب

(قوله وان خالعها على انه) أى الاب ضامن الخ أقول فيه بحث فان المعلق بالشرط لا ينزل قبل وجود الشرط كما تقدم وههنا لم يوجد الشرط لان وجوده بوجود الالف ولم يوجد بقبوله وجوابه ان هذا مثل الخلع على ما فى يدها فان الاب لم يكن غارا له اذ الجهل ليس بعذر تأمل ومن المعلوم انه لا يجب فى مالها شئ فى أمثاله (قوله كما يصح على ماله عليه) أقول ضمير عليه راجع الى العبد (قوله وفيه نظر) أقول لعل وجهه ان النكاح من عوالى النعم على ما تقدم فكيف يكون زواله نفعا محضا بل غاية الامر ان يكون مشوبا بالنفع والضرر دائرا بينهما (قوله وذلك مما لا يحتمل النيابة) أقول وقد مر جوابه

(وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن الاب المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر) لوجود الشرط وهو القبول وليست من أهل الغرامة (وان قبل الاب عنها فعلى الروايتين) في رواية يصح وفي أخرى لا يصح ووجه الروايتين ماذكرناه آنفا (وان ضمن الاب المهر) أي التزم بمعنى اذا خالع الاب مع الزوج والتزم المهر على ذمته (وهو ألف درهم مثلا طلقت لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا) لان فرض المسئلة فيما اذا كانت غير ممسوسة وكان المهر ألفا فأضاف الخلع الى مهرها ومهرها ما يجب لها بالنكاح والواجب لها بالنكاح في الطلاق قبل الدخول نصف المهر وهو خمسمائة فكأنه خالعها على خمسمائة صريحا (وفي القياس يلزمه الالف) بحكم الضمان واعلم ان ضمان الاب بالمهر وهو ألف درهم اذا صح لا يخلو من أحد الامرين اما أن تكون مدخولا بها أو لا فان كانت فلها على الزوج جميع المهر وللزوج على الاب بحكم الضمان ألف درهم وان لم تكن فلها على الزوج نصف المهر لان النصف الآخر سقط بالطلاق قبل الدخول وللزوج على الاب ألف درهم بحكم الضمان في القياس وأما في الاستحسان فللزوج على الاب خمسمائة لان المقصود سلامة الالف وقد حصلت اذ النصف سقط بالطلاق قبل الدخول والنصف الآخر الذي ترجع به المرأة عليه فهو يرجع به على الضامن وهو الاب هذا اذا لم تقبض المهر وأما اذا قبضت المهر كله فيرجع الزوج بالنصف عليها أو بالنصف الآخر على الضامن فيسلم له جميع الالف ولا معتبر باختلاف السبب عند اتحاد المقصود (وأصل هذه المسئلة في الكبيرة اذا اختلعت قبل الدخول على ألف ومهرها ألف) ولم تقبض شيأ (فالقياس أن يجب عليها خمسمائة) للزوج لان خمسمائة من المهر سقطت بالطلاق قبل الدخول وقد التزمت المرأة الالف ونصف الالف سقط عن ذمتها بطريق المقاصة وسلامته لان لها على الزوج خمسمائة باقية بعد سقوط نصف المهر فوجب عليها خمسمائة زائدة على الالف تتميما للالف التي التزمتها (وفي الاستحسان لا شئ عليها) لان مقصود الزوج سقوط كل المهر عن ذمته وقد حصل فلا يلزمها شئ زائد على ذلك وأما اذا قبضت جميع المهر فعلى القياس ترد المرأة الالف وخمسمائة الالف بدل الخلع وخمسمائة نصف المهر بالطلاق قبل الدخول وفي الاستحسان ترد الالف لا غير خمسمائة بدل الخلع وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول وقوله (زائدة) بالجر لان الصفة تتبع المضاف اليه في الاعراب كما في قوله تعالى سبع بقرات سمان كذا في النهاية وقال هكذا أفاد شيخي مرارا والله أعلم

(وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن الاب المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر) وان قبل الاب عنها فعلى الروايتين (وان ضمن الاب المهر وهو ألف درهم طلقت) لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا وفي القياس يلزمه الالف وأصله في الكبيرة اذا اختلعت قبل الدخول على ألف ومهرها ألف ففي القياس عليها خمسمائة زائدة وفي الاستحسان لا شئ عليها لانه يراد به عادة حاصل ما يلزم لها

فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط وهو قبولها ولا يجب المال لانها ليست من أهل الغرامة اذ البينونة بالخلع تعتمد القبول دون لزوم المال ألا يرى الى بينونتها بدونه فيما اذا سمت خمرا ونحوه وان قبله الاب بدونه عنها ففي وقوع الطلاق روايتان في رواية يصح لانه نفع محض اذ تتخلص من عهدته بلا مال ولذا صح منها فصار كقبول الهبة وفي أخرى لا يصح لان قبولها شرط اليمين وهو لا يحتمل النيابة وهذا هو الاصح (قوله وكذا ان خالعها) أي خالع الصغيرة الزوج على مهرها ولم يضمن الاب توقف على قبولها ان كانت على ما قلنا آنفا فان قبلت وقع الطلاق بائنا ولا يسقط المهر وان قبله الاب فعلى الروايتين ما لم يضمنه فان ضمنه صح ووقع الطلاق لوجود الشرط وعرف من هذا ان الصغيرة العاقلة اذا قبلت الخلع من زوجها صح الخلع ووقع الطلاق ولا يسقط المهر ولا يلزم المال هذا ثم قيل تأويل المسئلة أن يخالعها على مال مثل مهرها أما على مهرها فلا يجوز لان الاب ليس له ولاية ابطال ملكها بمقابلة ما ليس بمتقوم ولا يعتبر ضمانه والاصح ان الخلع على مهرها كالخلع على مال آخر لان العقد يتناول مثله لا عينه وضمان الاب اياه صحيح ثم ينظر ان كان مهرها ألفا والخلع قبل الدخول وهو المراد بمسئلة الكتاب لزم خمسمائة وفي القياس يلزمه الالف وأصله ان الكبيرة اذا اختلعت على مهرها وهو ألف قبل الدخول وقبل قبضه في القياس يجب خمسمائة لانه وجب له عليها ألف بالشرط وهي وجب لها خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيلتقيان قصاصا بقدره فبقي عليها خمسمائة له وفي الاستحسان لا يجب عليها قبل القبض شئ لان المهر يراد به عرفا ما تستحقه المرأة وهو نصف المهر فيسقط عن الزوج وبعد قبضه يجب له خمسمائة بالشرط وتبرأ عن الباقي بحكم الخلع هذا على خلاف ما ذكره قاضيخان وقد قدمنا الاقسام كلها واذا عرفت هذا علمت ان الصواب أن يقول اذا خلعها على مهرها وهو ألف لا كما قال على ألف ومهرها ألف فانه اذا خلعها كذلك يكون من الخلع على مال آخر غير أنه اتفق انه مثل المهر ولا أثر لذلك والحكم فيه اذا كان قبل الدخول وجب المسمى له وسقوط المهر عنه ان لم يكن مقبوضا

(قوله فان كانت فلها على الزوج الخ) أقول أي ان كانت مدخولا بها (قوله وان لم تكن الخ) أقول أي ان لم تكن مدخولا بها

وسلامته لها ان كان مقبوضا لا يرجع عليها بشئ كما قدمناه فى التقسيم واذ قد وقع الكلام فى خلع الاجنبى فلابد من ذكر نبذة منه واعلم ان الاجنبى اذا خاطب الزوج فاما أن يضيف البدل الى نفسه على وجه يفيد ضمانه له أو ملكه اياه أو يرسله أو يضيفه الى غيره فان أضافه الى نفسه كذلك بان قال اخلعها على عبدى هذا أو انى هذه أو على ألف على أو على انى ضامن ففعل فالخلع واقع والمسمى عليه فان استحق لزم قيمته ولا يتوقف على قبولها لانه انما يتوقف على من يجب عليه البدل لا من يقع عليه الطلاق ولا الى قبوله بل يكفى الامر منه لان الواحد يتولى طرفى الخلع كما فى النكاح بخلاف مالو قال اختلعت نفسك منى فقالت فعلت قيل لا يصح بلا قبول الزوج والمختار انه يصح ان أراد به التحقيق دون السوم فان قلت ما الفرق بين تسمية الاجنبى وسيد الامة المنكوحة لعبد أو حر فانه اذا خلعها من الزوج على عبده فاستحق لا يضمن قيمته بل تجب قيمة العبد على الامة حتى تباع فيه لظهور الدين فى حق السيد فالجواب ان قبول الخلع هنا وجد منها حكما بسبب ولاية السيد عليها فكان قبوله كقبولها فكان الدين عليها الا ان السيد التزم خصوص الاول فاذا فات عاد اليها وهو ظاهر فى حق السيد فتباع فيه الا أن يفديها واذا بيعت ان كان عليها دين بدئ به لان دين الخلع أضعف أما لو خلعها على رقبتها وهى تحت عبد صح فلو ضمن المولى الدرك فى جميع ذلك فالمطالبة على المولى لالتزامه دونها لا قبل العتق ولا بعده ولان القبول انما يشترط لوجوب البدل لا لوقوع الطلاق وان أرسله بان قال على ألف أو على هذا العبد توقف على قبول المرأة لان البدل لم يضف الى أحد فان قبلت لزمها تسليمه أو قيمته ان عجزت وان أضافه الى غيره بان قال على عبد فلان اعتبر قبول فلان لان البدل أضيف اليه وكذا لو قال الزوج لرب العبد خلعت امرأتى على عبدك لان العبد أضيف اليه ولو كان الزوج قال لها خالعتك على عبد فلان أو قالت هى اخلعنى على دار فلان توقف على قبولها لان الخطاب جرى معها فكانت هى الداخلة فى العقد ولو قالت اخلعنى على ألف على ان فلانا ضامن فأجاب فالخلع معها لانها العاقدة وتوقف ضمان فلان على قبوله ولو وكلت من يخلعها بالألف ففعل فالمال عليها دون الوكيل لان حقوق العقد فى الخلع ترجع الى من عقد له لا الى الوكيل ولو ضمنه الوكيل لزمه وان أدى يرجع عليها لانه ما ملك الخلع من مال نفسه ففائدة أمرها به الرجوع عليها بخلاف الوكيل بالنكاح اذا ضمن فأدى لا يرجع على الزوج الا اذا ضمن بأمره فان فائدة الامر جواز النكاح لانه لا يملك انكاحه بغير أمره والصلح عن دم العبد كالخلع فى جميع ماذكرنا ﴿فروع﴾ تتعلق بالباب المختلعة يلحقها صريح الطلاق عندنا وقد تقدم فيما سلف وبه قالت الظاهرية وهو قول ابن مسعود وعمران بن الحصين وأبى الدرداء وسعيد بن المسيب وشريح وطاوس والزهرى والنخعى والحكم وحماد ومكحول وعطاء والثورى وعند مالك والشافعى وأحمد لا يلحقها ولا يتناولها الطلاق فى قوله نسائى طوالق عندهم ولو قال لها الكنايات التى يقع بها الرجعى مثل اعتدى استبرئى رحمك أنت واحدة ينوى الطلاق يقع عليها طلقة بائنة عند أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد رحمه الله لهم ماروى انه صلى الله عليه وسلم قال المختلعة لا يلحقها صريح الطلاق وان كانت فى العدة ويروى عن ابن عباس ولنا مارواه أبو يوسف باسناده فى الامالى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال المختلعة يلحقها صريح الطلاق مادامت فى العدة وحديثهم لا أصل له ذكره سبط ابن الجوزى فى ايثار الانصاف امرأة قالت خلعت نفسى منك بألف ثلاث مرات فقال الزوج رضيت أو أجزت كان ثلاثا بثلاثة آلاف ولو خلع أمته على رقبتها وزوجها عبد او مدبر او مكاتب صح لانها تصير ملكا للمولى ولو كان حرا لا يصح لانه لو صح ملكها أى ملكها الزوج به فيبطل النكاح ومتى بطل النكاح بطل الخلع لكنه يقع طلاق بائن لانه بطل البدل وبقى لفظ الخلع وهو طلاق بائن تحت حر أمتان دخل بهما فخلعهما سيدهما على رقبة الصغرى فالخلع واقع على الكبرى وبطل الخلع فى التى خلع على

رقبتها وهي الصغرى لانه أمكن تصحيح الخلع على الكبرى لان الطلاق لم يقارن ملك الزوج فيها لا في الصغرى لان الطلاق في حقها يقارن ملك الزوج بعض رقبتها فتقسم الصغرى على مهريهما لانه جعلها بدلا عن طلاقهما فما أصاب مهر الكبرى فهو للزوج وما أصاب الصغرى بقي للمولى ولو خلع كلا منهما على رقبة الاخرى طلقتا مجانا لان ملك رقبة كل منهما يقارن طلاقها فصح الخلع في حق الطلاق ولا يسلم للزوج شيء من البدل امرأة لها ابنا عم وهما وارثاها تزوجت أحدهما ودخل بها ثم خلعت بمهرها في مرض موتها ولا مال لها غيره وماتت في العدة فالمهر بينهما ولا يعتبر من الثلث فلا يصح ذكر البدل في حق الوارث فبقي لفظ الخلع فتبين ويرثان بالقرابة فلو كان طلقها على مهرها وماتت في العدة فهو طلاق رجعي فله النصف بميراث الزوجية والباقي بينهما نصفان ﴿قاعدة﴾ في الطلاق على مال الاصل انه متى ذكر طلاقين وذكر عقيبهما مالا يكون مقابلا بهما اذ ليس أحدهما بصرف البدل اليه أولى من الآخر الا اذا وصف الاول بما ينافي وجوب المال فيكون المال حينئذ مقابلا بالثاني ووصفه بالمنافي كالتنصيص على أن المال بمقابلة الثاني وان شرط وجوب المال على المرأة حصول البينونة لانها انما تلتزمه لتملك نفسها فلو قال لها أنت طالق الساعة واحدة وغدا أخرى بالف أو قال على انك طالق غدا بالف أو قال اليوم واحدة وغدا أخرى رجعية بالف فقبلت تقع واحدة بخمسمائة في الحال وغدا أخرى بغير شيء الا أن يعود ملكه قبله لانه جمع بين تطليقة منجزة وتطليقة مضافة الى الغد وذكر عقيبهما مالا فانصرف اليهما ألا يرى انه لو ذكر مكان البدل استثناء ينصرف اليهما فيقع اليوم واحدة بخمسمائة فاذا جاء غد تقع أخرى لوجود الوقت المضاف اليه ولا يجب شيء لان شرط وجوب المال بالطلاق الثاني حصول البينونة ولم تحصل لحصولها بالاولى حتى لو نكحها قبل مجيء الغد ثم جاء الغد تقع أخرى بخمسمائة لوجود شرط وجوب المال ولو قال أنت طالق الساعة واحدة رجعية أو بائنة أو بغير شيء على انك طالق غدا أخرى بألف يقع في الحال واحدة مجانا وغدا أخرى بألف لتعذر الصرف اليهما لانه وصف الاولى بما ينافي وجوب المال الا أن في قوله بائنة يشترط التزوج لوجوب المال بالثاني ولو قال طالق ثلاثا للسنة بألف فقبلت يقع في الطهر الاول واحدة بثلث الالف وفي الطهر الثاني أخرى مجانا لانها بانت بالاولى ولا يجب بالثانية المال الا اذا نكحها قبل الطهر الثاني فحينئذ تقع أخرى بثلث الالف وفي الطهر الثالث كذلك والله سبحانه أعلم ﴿فروع﴾ لو خالعها ولم يذكر العوض ذكر شمس الائمة انه يبرأ كل عن صاحبه وقال خواهر زاده هذه احدى الروايتين عن أبي حنيفة وهو الصحيح فان لم يكن على الزوج مهر فعليها رد ما ساق اليها من المهر لان المال مذكور عرفا بذكر الخلع وفي رواية عن أبي حنيفة وهو قولهما لا يبرأ أحدهما عن صاحبه ولا يبرأ عن نفقة العدة ومؤنة السكنى في قولهم جميعا الا اذا شرطا في الخلع نقله في الخلاصة وكذا ذكره السغدي أعني ردها المهر وذكر في الوجيز فيما اذا قال اختلعي ولم يذكر البدل فقالت اختلعت عن خواهر زاده انه يقع طلاق بائن ولا يكون خلعا كأنه قال طلقي نفسك بائنا فقالت طلقت ثم استشكله على ما حكي عنه من ردها ما ساقه اليها من الصداق اذا كان مقبوضا اذ لم يجعل كأنه قال طلقتك بائنا فهذا مذكور في غير موضع ذكر في التجنيس اذا قال اختلعي فقالت اختلعت تطلق وفرق بينه وبين ما اذا قال اشتري نفسك مني فقالت اشتريت لا تطلق بأن قوله اختلعي أمر بالطلاق بلفظ الخلع والمرأة تملك الطلاق بأمر الزوج بخلاف اشتري نفسك لانه أمر بالخلع الذي هو معاوضة اذا لم يكن البدل مقدرا فان قدره بأن قال بمهرك ونفقة عدتك وقالت اشتريت صح على رواية وهو المختار يريد بالرواية الاخرى ما ذكر في غير موضع انه اذا قال اشتري نفسك مني بكذا فقالت اشتريت لا يقع ما لم يقل الزوج بعت وكذا الروايتان فيما اذا قال اختلعي مني بكذا وذكر مالا مقدرا فقالت اختلعت في رواية كتاب الطلاق لا يصح ما لم يقل

الزوج خلعت وفى رواية كتاب الوكالة يصح ويبرأ الزوج عن المهر وهو الاصح وأما الجواب عن الاشكال فيحمل سقوط المهر وجعله بدلا فيما اذا لم ينو به كونه خلعا بغير مال ويحمل كونه طلاقا بائنا بلا مال على ما اذا نوى به كونه بلا مال وهذا لان مطلق الخلع ينصرف الى الفرقة بعوض فيحمل عليه الا ءوجب فاذا لم يسميا مالا انصرف الى المهر الا أن ينوى خلافه ويدل على هذا ما فى المنتقى قال أبو يوسف اذا قال لها اختلعى نفسك فقالت قد خلعت نفسى لا يكون خلعا الا على مال الا أن ينوى بغير مال ولا فرق بين خلعتك وخالعتك فاذا قال خالعتك ينوى به الطلاق وقع ولا يبرأ الزوج عن المهر وعلى هذا فلا يلزم هذا الحكم الا اذا تصادقا على عدم النية ومما يجب حمله على مجرد الطلاق التصريح بنفى المال كما اذا قال اختلعى منى بغير شئ فالخلع واقع بلا مال لانه صرح بنفى المال نقله عن محمد الفضلى والطلاق بائن وعلى ما ذكرنا من أن حقيقته ما فيه المال لو قال لاجنبى اخلع امرأتى لم يملك خلعها بلا عوض ولم يجعل كقوله طلقها بائنا ولو قال اختلعى على مال أو بما شئت ولم يقدره فقالت اختلعت على ألف لا يصح ما لم يقل الزوج خلعتك أو نحو أجزت فرق بين هذا وبين ما اذا قال الزوج اخلعى نفسك منى بألف والباقى بحاله حيث يتم والفرق ان التعويض فى المسئلة الاولى لم يصح لان البدل مجهول فلو صح صار الواحد مستزيدا مستنقصا وهذا مفقود فى الثانية فلو لم يصح الغا لا يصح لمضادة الحقوق وحقوق الخلع لا ترجع الى الوكيل اذا لقنها اختلعت منك بالمهر ونفقة العدة بالعربية وهى لا تعلم معناه أولقنها أبرأتك من نفقة العدة قيل يصح والاصح انه لا يصح لان التفويض كالتوكيل لا يتم الا بعلم الوكيل والابراء عن نفقة العدة والمهر وان كان اسقاطا لكنه اسقاط يحتمل الفسخ فصار شبيه البيع والبيع وكل المعاوضات لابد فيها من العلم وهذه صورة كثيرا ما تقع قال أبرئينى من كل حق يكون للنساء على الرجال فقالت أبرأتك من كل حق يكون للنساء على الرجال فقال فى فوره طلقتك وهى مدخول بها يقع بائنا لانه بعوض واذا اختلعت بكل حق لها عليه فلها النفقة ما دامت فى العدة لانها لم تكن لها حقا حال الخلع فقد ظهر ان تسمية كل حق لها عليه وكل حق يكون للنساء صحيحة وينصرف الى القائم لها اذ ذاك وبعض الشافعية لا يصح هذا للجهالة وهذا عندنا عموم لا اجمال ولو تزوجها على ألف ثم طلقها بائنا ثم تزوجها ثانيا على ألف أخرى ثم اختلعت منه على مهرها لم يبرأ الزوج الا من الثانى دون المهر الاول ولو جاء رجل الى آخر فذكر انه وكيل لامرأته فى خلعها فخلعها على ألف فأنكرت التوكيل فان كان ضمن المال للزوج وقع الطلاق وعليه البدل وان لم يكن ضمن فان صدقه الزوج على أنها وكلته وقع الطلاق ولم يجب له مال وان لم يدع ذلك لا يقع الطلاق لانه ظهر أن الخلع موقوف على قبولها فان كان الزوج باع منه تطليقة بألف قال الصفار يقع الطلاق ضمن له المهر أو لا لان لفظة الشراء لفظة الضمان وقال أبو بكر الاسكاف هذا والخلع سواء وعليه الفتوى ولو ادعى رجل الرسالة عن امرأة الرجل اليه فى أن يطلقها أو يمسكها فقال الزوج لا أمسكها بل أطلقها فقال الرسول أبرأتك من جميع ما لها عليك فطلقها فانكرت المرأة الابراء والرسول يدعيه فان ادعى الزوج رسالتها أو وكالتها اياه لذلك وقع وهى على حقها وان لم يدع فان كان الرسول قال أبرأتك من حقها عليك على أن تطلقها فالطلاق غير واقع لان وقوع الطلاق بالمهر موقوف على اجازتها وان لم يقل على أن تطلقها فالطلاق واقع وهى على حقها وهذه فى أمر الحكمين لما كان سبب الخلع المشاقة وجب ذكر أمر الحكمين فيه وهو منصوص عليه فى كتاب الله تعالى قال الله عز وجل وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ضمير يريدا للحكمين وضمير بينهما للزوجين وقيل للحكمين أيضا وقيل الضميران للزوجين والاولى أن يكون الحكمان من أهليهما كما ذكر الله تعالى وانما كان أولى لانهما أخبر بباطن أمرهما وأشفق عليهما وبه قال

﴿ باب الظهار ﴾

الشافعي واحمد وقال مالك يشترط كونهما من أهليهما الا أن لا يوجد من أهليهما من يصلح لذلك وقلنا المعنى المفهوم الذي قلناه صارف عن تعيين كون المراد ذلك ثم قول الحكمين نافذ في الجمع والتفريق بتوكيلهما عندنا وبه قال الشافعي في الاصح وأحمد وهو قول عطاء وقتادة والحسن وأبي ثور وقال مالك قولهما في ذلك نافذ من غير توكيل وهو قول الاوزاعي واسحق وروى عن عثمان وعلي قلنا ليس للحاكم ان يطلق ولا يبرئ من ماله فكيف يفعل ذلك نائبه وفي أحكام القرآن للرازي عن سعيد بن جبير يعظها الزوج فان انتهت والا هجرها فان انتهت والا ضربها فان انتهت والا رفع أمرها الى السلطان فيبعث حكما من أهله وحكما من أهلها وأيهما كان أظلم رده الى السلطان فاخذ فوق يده كالعنين والمجبوب فالحاكم هو الذي يتولى النظر في ذلك والفصل بينهما ولو ادعى النشوز وادعت هي ظلمه وتقصيره في حقها يفعل الحاكم ما يتفقان عليه من الجمع والتفريق وليس لهما أن يجمعا ولا ان يفرقا بغير أمرهما وما زعم اسمعيل المالكي من ان أبا حنيفة وأصحابه لم يعرفوا أمر الحكمين اخبار بالنفي لعدم العلم والاولى بالانسان حفظ اللسان وما قال ان الوكيل لا يسمى حكما ممنوع بل الوكالة تؤكد معنى الحكمية لقبول قولهما عليهما والحكمان عضبان أمر الزوجين فاذا قصدا الحق وفقهما الله عز وجل للصواب اذ هما موكلان للجمع والتفريق فعليهما الاجتهاد وطلب الخير لهما وكل ما ورد عن السلف ان فعل الحكمين جائز عليهما فهو محمول على رضاهما اذ لم ينصوا على انه جائز بغير رضا الزوجين وهذا لانه غير جائز لهما ان يطلقا امرأة الغير بغير اذنه ولا ان يدفعا مالا بغير اذن صاحبه بخلاف قضاء دينه اذا امتنع منه لان ذلك ايصال الحق الى مستحقه ولا حق للزوج في مالها قال تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم وقال عليه الصلاة والسلام لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب من نفسه والحكمان انما بعثا للصلح وليعلما الظالم منهما فينكرا عليه ظلمه فاذا لم يقبل أعلما الحاكم ليدفع ظلمه فالحكمان شاهدان في حال ومصلحان في حال اذا فوض الامر اليهما وقول من قال انهما يفرقان ويخلعان من غير توكيل غير مقبول عندنا وليس ما روى عن علي رضي الله عنه شاهدا في ذلك

﴿ باب الظهار ﴾

مناسبته بالخلع ان كلا منهما يكون عن النشوز ظاهرا وقدم الخلع لانه أكمل في باب التحريم اذ هو تحريم بقطع النكاح وهذا مع بقائه والظهار لغة مصدر ظاهر وهو مفاعلة من الظهر فيصح أن يراد به معان مختلفة ترجع الى الظهر معنى ولفظا بحسب اختلاف الاغراض فيقال ظاهرت أي قابلت ظهرك بظهره حقيقة واذا غايظته أيضا وان لم تدابره حقيقة باعتباران المغايظة تقتضي هذه المقابلة وظاهرته اذا نصرته باعتبار انه يقال قوى ظهره اذا نصره وظاهر من امرأته واظهر وتظاهر واظاهر وظهر وتظهر اذا قال لامرأته أنت علي كظهر أمي وظاهر بين ثوبين اذا لبس أحدهما فوق الآخر على اعتبار جعل ما يلي به كل منهما الآخر ظهر الثوب وغاية ما يلزم كون لفظ الظهر في بعض هذه التراكيب مجازا وكونه مجازا لا يمنع الاشتقاق منه ويكون المشتق مجازا أيضا وانما عدي بمن مع انه يتعدى بنفسه لتضمنه معنى التبعيد لانه كان طلاقا وهو مبعد ثم قيل الظهر هنا مجاز عن البطن لانه انما يركب البطن فكظهر أمي أي كبطنها بعلاقة المجاورة ولانه عموده لكن لا يظهر ما هو الصارف عن الحقيقة من النكات وقيل خص الظهر لان اتيان المرأة من ظهرها كان حراما فاتيان أمه من ظهرها

قد تقدم وجه ترتيب الحرمات المتقدمة في أول كل باب منها ويحتاج الى وجه تقديم الظهار على اللعان ووجهه انه أقرب الى الاباحة من سبب اللعان لان سبب اللعان عند اضافته الى غير منكوحته يوجب حد القذف وموجب الحد معصية محضة بغير شائبة الاباحة والظهار في اللغة قول الرجل لامرأته أنت علي كظهر أمي وفي اصطلاح الفقهاء تشبيه المنكوحة بالمحرمة على سبيل التأبيد اتفاقا بنسب أو رضاع أو مصاهرة وانما قيد بقوله اتفاقا احترازا عن قول الرجل لامرأته أنت علي كظهر فلانة وهي بأم المزني بها أو بنتها فانه لا يكون مظاهرا لان من الفقهاء من يقول الحرام لا يحرم الحلال وسببه سبب الخلع وهو النشوز فان آية الظهار نزلت في خولة وكانت ناشزة وشرطه كون المظاهر عاقلا بالغا مسلما والمرأة من نسائنا وركنه قوله لامرأته أنت علي كظهر أمي أو ما قام مقامه وحكمه حرمة الوطء والدواعي مع بقاء أصل الملك الى غاية الكفارة

﴿ باب الظهار ﴾

(قوله وانما قيد بقوله اتفاقا الى قوله فانه لا يكون مظاهرا) أقول في الخانية خلافه (قوله وسببه سبب الخلع وهو النشوز فان آية الظهار الخ) أقول فيه بحث فتأمل ثم قوله وهو النشوز بناء على الغالب

احرم

أحرم فكثر التغليظ وفى الشرع هو تشبيه الزوجة أو جزء منها شائع أو معبر به عن الكل بما لا يحل النظر اليه من المحرمة على التأبيد ولو برضاع أو صهرية وزاد فى النهاية قيد الاتفاق احترازا عما لو قال أنت على كظهر فلانة وفلانة أم من زنى بها أو بنتها لم يكن مظاهرا وسنذكر ما هو التحقيق ان شاء الله تعالى ولا فرق بين كون ذلك العضو الظهر أو غيره مما لا يحل النظر اليه وانما خص باسم الظهار تغليبا للظهر لانه كان الاصل فى استعمالهم وشرطه فى المرأة كونها زوجة وفى الرجل كونه من أهل الكفارة فلا يصح ظهار الذمى كالصبى والمجنون وركنه اللفظ المشتمل على ذلك التشبيه وحكمه حرمة الوطء ودواعيه الى وجود الكفارة واختلف فى سبب وجوبها فقال فى المنافع تجب بالظهار والعود لان الظهار كبيرة فلا يصلح سببا للكفارة لانها عبادة أو المغلب فيها معنى العبادة ولا يكون المحظور سببا للعبادة فعلق وجوبها بهما ليخف معنى الحرمة باعتبار العود الذى هو امساك فيكون دائرا بين الحظر والاباحة فيصح سببا للكفارة الدائرة بين العبادة والعقوبة وقيل سبب وجوبها العود والظهار شرط ولفظ الآية يحتملهما وهى قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة الى آخره فيمكن حمل ترتيبها عليهما أو على الاخير لكن اذا أمكن البساطة صير اليها لانها الاصل بالنسبة الى التركيب فلذا قال فى المحيط سبب وجوبها العزم على الوطء والظهار شرط وهو بناء على ان المراد من لفظ العود فى الآية العزم على الوطء واعترض بأن الحكم يتكرر بتكرر سببه لا شرطه والكفارة تتكرر بتكرر الظهار لا العزم وكثير من مشايخنا على انه العزم على اباحة الوطء بناء على ارادة المضاف فى الآية أى يعودون لضد ما قالوا أو لتداركه نزل القول منزلة المقول ويرد عليه ما يرد على ما قبله وهذا بناء على عدم صحة ارادة ظاهرها وهو تكرار نفس الظهار كما قال داود للحديثين الذين يروونهما فان ظاهرهما عدم تعلقهما بتكرره ويرد ان بمجرد العزم لا تتقرر الكفارة عندنا كما نص عليه فى المبسوط حتى لو أبانها أو ماتت بعد العزم لا كفارة عليه قال فهذا دليل على انها غير واجبة لا بالظهار ولا بالعود اذ لو وجبت لما سقطت بل موجب الظهار ثبوت التحريم فاذا أراد رفعه وجب عليه فى رفعه الكفارة عندنا كما تقول لمن أراد الصلاة النافلة يجب عليك ان صليتها ان تقدم الوضوء وعند الشافعى رحمه الله هو سكوته بعد ظهاره قدر ما يمكنه طلاقها ورد بان شرعية الكفارة لرفع الحرمة والجناية والظهار لم يوجب تحريم العقد ليكون الامساك عن طلاقها جناية وأيضا فقد يكون الامساك عن طلاقها ليسعى فى أمر الكفارة وتحصيلها أو للتروى فى طلاقها أو التكفير فلا يكون بمجرده بعد الظهار جناية فلا ينتهض سببا للكفارة واعلم ان هذه الحرمة لا ترفع الا بالكفارة لا بملك ولا بزوج ثان حتى لو طلقها بعد الظهار ثلاثا فعادت اليه بعد زوج آخر أو كانت أمة وملكها بعد ما ظاهر منها لا يحل قربانها حتى يكفر فيهما وللمرأة أن تطالبه بالوطء وعليها أن تمنعه من الاستمتاع بها حتى يكفر وعلى القاضى أن يجبره على التكفير دفعا للضرر عنها بحبس فان أبى ضربه ولا يضرب فى الدين ولو قال قد كفرت صدق ما لم يعرف بالكذب وألفاظه صريح وكناية وستأتى وسبب نزول شرعيته قصة خولة أو خويلة بنت مالك بن ثعلبة قالت ظاهر منى زوجى أوس ابن الصامت فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكو اليه ورسول الله صلى الله عليه وسلم يجادلنى فيه ويقول اتقى الله فانه ابن عمك فما برحت حتى نزل القرآن قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها وتشتكى الى الله الى الغرض فقال يعتق رقبة فقلت لا يجد فقال يصوم شهرين متتابعين قلت يا رسول الله انه شيخ كبير ما به من صيام قال فيطعم ستين مسكينا قلت ما عنده شئ يتصدق به قال فانى سأعينه بعرق من تمر قلت يا رسول الله وانى سأعينه بعرق آخر قال قد أحسنت قال فاذهبى فأطعمى بهما عنه ستين مسكينا وارجعى الى ابن عمك قال والعرق ستون صاعا رواه أبو داود وقيل هو مكيال يسع ثلاثين صاعا

(اذا قال الرجل لامرأته أنت على كظهر أمى فقد حرمت عليه لا يحل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا والظهار كان طلاقا فى الجاهلية فقرر الشرع أصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح) وبيان ذلك ان أحدهم فى الجاهلية اذا أراد أن يطلق امرأته جعلها فى التحريم على نفسه كالمواضع التى لا يطلع عليها من امه كالفخذ والظهر والبطن والفرج ثم نظروا فلم يجدوا موضعا أحسن فى الذكر ولا أستر من الظهر مع اصابة المعنى الذى أرادوه فاستعملوه دون غيره ثم ان خولة بنت ثعلبة قالت كنت تحت أوس بن الصامت وقد ساء خلقه لكبر سنه فراجعته فى بعض ما أمرنى به فقال أنت علىّ كظهر أمى ثم خرج فجلس فى نادى قومه ثم رجع الىّ فراودنى عن نفسى فقلت والذى نفس خولة بيده لا تصل الىّ وقد قلت ما قلت حتى يقضى الله ورسوله فى ذلك فوقع علىّ فدفعته بما تدفع به المرأة الشيخ الكبير وخرجت الى بعض جيرانى فأخذت ثيابا فلبستها وأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته بذلك فجعل يقول لى زوجك وابن عمك وقد كبر فأحسنى اليه فجعلت أشكو الى الله ما أرى من سوء خلقه فتغشى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان يتغشاه عند نزول الوحى فلما سرى عنه قال أنزل الله فيك وفى زوجك بيانا وتلا قوله تعالى قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها وتشتكى إلى الله الى آخر آيات الظهار ثم قال مريه فليعتق رقبة فقلت لا يجد ذلك يا رسول الله ثم قال مريه

أن يصوم شهرين متتابعين فقلت هو شيخ كبير لا يطيق الصوم فقال مريه فليطعم ستين مسكينا فقلت ما عنده شئ يا رسول الله فقال إنا سنعينه بعرق فقلت وأنا أعينه بعرق أيضا فقال افعلى واستوصى به خيرا وقال علماؤنا المراد من العود هو العزم على الجماع الذى هو امساك بالمعروف وقال الشافعى المراد هو السكوت عن طلاقها عقيب الظهار (قوله وهذا) اشارة الى نقل حكم الظهار من الطلاق

واذا قال الرجل لامرأته أنت على كظهر أمى فقد حرمت عليه لا يحل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره) لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم الى ان قال فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا والظهار كان طلاقا فى الجاهلية فقرر الشرع أصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح وهذا لانه جناية لكونه منكرا من القول وزورا فيناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم الوطء إذا حرم حرم بدواعيه كى لا يقع فيه كما فى الاحرام بخلاف الحائض والصائم لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعى يفضى الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام

قال أبو داود وهذا أصح وفى الحديث ألفاظ أخر ورواه ابن ماجه وغيره (قوله اذا قال الرجل لامرأته أنت على كظهر أمى فقد حرمت عليه) وعند محمد للمظاهر أن يقبلها اذا قدم من سفر للشفقة وكذا اذا قال أنت منى كظهر أمى أو أنت عندى أو معى وكذا اذا قال أنا منك مظاهر وقد ظاهرت منك ومتى ألحق لفظ المشيئة لا يثبت فلو قال أنت على كظهر أمى ان شاء الله تعالى لم يلزمه شئ ولو قال ان شاء فلان فالمشيئة اليه (قوله وهذا) أى ثبوت التحريم بالظهار ثم ارتفاعه بالكفارة (لانه) أى الظهار (جناية) كبيرة محضة (لكونه منكرا من القول وزورا) بالنص فيناسب المجازاة على هذه الجناية بالحرمة وارتفاع هذه الحرمة بالكفارة (قوله ثم الوطء اذا حرم حرم بدواعيه) تفيد هذه العبارة ان هذا هو الاصل اذ طريق المحرم محرم وعلى هذا استمر فى الاستبراء والاحرام والاعتكاف وثبت من الشرع خلافه فى الصوم والحيض فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل احدى نسائه وهو صائم وفى حديث عائشة رضى الله عنها كان يأمرنى أن أتزر فيباشرنى وأنا حائض فوجب البحث عن حكمة

الى التحريم الموقت بالكفارة وبيانه ان الظهار جناية لكونه منكرا من القول وزورا قال الله تعالى وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا والمنكر ما ينكره الحقيقة والشرع والزور هو الكذب والباطل والجناية تناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة (ثم الوطء اذا حرم حرم بدواعيه كى لا يقع فيه كما فى الاحرام) وقال الشافعى لا تحرم الدواعى لان التحريم عرف بقوله تعالى من قبل ان يتماسا والتماس فى القرآن كناية عن الجماع وأجاب صاحب الاسرار بأن التماس حقيقة فى المس باليد والكلام للحقيقة حتى يقوم دليل المجاز (بخلاف الحائض والصائم) حيث لا تحرم الدواعى فيهما (لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعى أفضى الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام) وسيأتى فى كتاب الكراهية فان قيل لما كثر وجودهما كان ادعى الى شرع الزاجر من الظهار فلم انعكس الامر أجيب بأن أوقات الحيض والصوم وان كان كثيرا لكن أوقات الطهر والافطار أكثر فلما كثر أوقات الطهر كان الجماع موجودا فيها ظاهرا فيوجب ذلك فتور رغبة فى الجماع فلا يليق فيه ايجاب الزاجر لان ايجاب الزاجر لمنع وجود الجماع وبفتور الرغبة كان ممتنعا فلا يحتاج الى ايجاب الزاجر

الفرق

(قوله وقال الشافعى لا تحرم الدواعى) أقول أى فى قول (قوله وأجاب صاحب الاسرار بان التماس حقيقة فى المس باليد) أقول الاولى ترك قوله باليد فان المس لا يختص بها فيكون عاما للجميع من التقبيل وغيره

(فان وطئها قبل ان يكفر استغفر الله تعالى ولا شئ عليه غير الكفارة الاولى ولا يعود حتى يكفر) لقوله عليه السلام للذى واقع فى ظهاره قبل الكفارة استغفر الله ولا تعد حتى تكفر ولو كان شئ آخر واجبا لنبه عليه

الفرق شرعا بين هذه الامور ولينظر هل الظهار من قبيل ما يقتضى الفرق تحريم الدواعى فيه كما قلنا نحن ومالك وهو قول الزهرى والاوزاعى والنخعى وقول الشافعى ورواية عن أحمد لان حرمة الوطء نصا بقوله تعالى من قبل أن يتماسا وهو كناية عن الجماع فلا يتناول غيره أو تحليلها كما قال الشافعى وأحمد فى قولهما الآخر فنظرنا فعقلنا كون حكمه لزوم الحرج لو حرمت الدواعى فى الصوم والحيض لكثرة وقوعهما ووقوع ضدهما من الفطر والطهر فعلى كثرة وقوعهما يلزم الحرج بمنع الدواعى وعن كثرة وقوع الضدين الظاهرين فى كثرة وجود الجماع ينتفى لزوم شرع الزاجر المبالغ فيه فلا يحرم الدواعى بخلاف الظهار والاستبراء والاحرام لا تكثر بالنسبة الى كل شخص فاستمر على الاصل وتقدم له فى الاعتكاف الفرق بينه وبين الصوم فى حرمة الدواعى فيه لا فى الصوم بأن الجماع محظور الاعتكاف والاحرام بخلاف الصوم لان الكف عنه ركنه فلا يتعدى الى دواعيه وقررنا حاصله ان الفرق للفرق بين التحريم الثابت فى ضمن الامر والتحريم الثابت بالنهى لما كان الثانى أقوى بسبب ان النهى تناوله مقصودا فتعدى الى الدواعى بخلاف الثابت فى ضمن الامر فانه لم يتعلق به نهى أصلا بل طلب شئ يستلزم وجوده عدم ذلك فحرم ذلك لتأديته إلى تفويت المطلوب لا مقصودا فلم يتعد إلى دواعيه فافترق الحال بينهما وبين الاستبراء والاحرام والاعتكاف لثبوت حرمة الجماع فيها بالنهى قال تعالى ولا تباشروهن وأنتم عاكفون فى المساجد ولا رفث ولا فسوق نفى مستعار للنهى لتأكيده وقال صلى الله عليه وسلم الا لا تنكح الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة وقال تعالى فى الاخيرين فاعتزلوا النساء فى المحيض ثم أتموا الصيام ولما كان هذا يقتضى عدم حرمة الدواعى لان المذكور فى الآية الامر بالكفارة قبل التماس وهو قوله تعالى فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا فانه مصدر واقع بدلا من اللفظ بالفعل فيحرم الجماع لتفويته المأمور به وهو الكفارة قبل التماس مع انه يقتضى حرمة الدواعى فى الحيض لان اعتزلوا هو نفس معنى النهى حتى انهم لم يمثلوا للنهى عن البيع وقت النداء الا بقوله تعالى وذروا البيع ولم يسموه الا منهيا عنه وهو صحيح لان النهى للنفس طلب الترك عدل إلى ماذكر والتحقيق ان الدواعى منصوص على منعها فى الظهار والمذكور فى وجه الفرق انما هو حكمة الفرق بين الظهار وماذكر أما كونها منصوصا على منعها فان قوله تعالى من قبل أن يتماسا الاموجب فيه للعمل على المجاز لامكان الحقيقة ويحرم الجماع لانه من أفراد التماس فكل من القبلة والمس والجماع افراد التماس فيحرم الكل بالنص وظهر فساد قول المخالف والله سبحانه أعلم (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم) روى أصحاب السنن الاربعة عن ابن عباس رضى الله عنهما ان رجلا ظاهر من امرأته فوقع عليها قبل أن يكفر فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ما حملك على هذا قال رأيت خلخالها فى ضوء القمر وفى لفظ بياض ساقيها قال فاعتزلها حتى تكفر ولفظ ابن ماجه فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم وأمره أن لا يقربها حتى يكفر قال الترمذى حديث حسن صحيح غريب ونفى كون هذا الحديث صحيحا رده المنذرى فى مختصره بأنه صححه الترمذى ورجاله ثقات مشهور سماع بعضهم من بعض وروى الترمذى عن ابن اسحق الى آخر السند عن سلمة بن صخر البياضى عن النبى صلى الله عليه وسلم فى المظاهر يواقع قبل أن يكفر قال كفارة واحدة وقال حديث حسن غريب وأما ذكر الاستغفار فى الحديث فالله أعلم به وهو فى الموطا من قول مالك ولفظه قال مالك فيمن يظاهر ثم يمسها قبل أن يكفر يكف عنها حتى يستغفر الله ويكفر ثم قال وذلك أحسن ما سمعت (قوله فلو كان شئ آخر واجبا لنبه عليه) لانه مقام البيان وتأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز فعلم ان المذكور

(فان وطئها قبل أن يكفر استغفر الله ولا شئ عليه غير الكفارة الاولى) أى الكفارة الواجبة بالظهار على الترتيب المنصوص ولا يعاود الوطء حتى يكفر لما روى ان سلمة بن صخر البياضى قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم ظاهرت من امرأتى ثم أبصرت خلخالها فى ليلة قمراء فواقعتها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم استغفر ربك ولا تعد حتى تكفر ووجه الاستدلال ماذكره بقوله (ولو كان شئ آخر واجبا لنبه عليه)

قال وهــذا اللفظ) هذا اشارة الى قوله أنت على كظهر أمي يعني هذا اللفظ لا يثبت به الا الظهار فلو نوى الطلاق أو الايلاء أو قال لم أنو به شيأ يكون ظهارا (لانه) أى كونه طلاقا (منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به) لان فى ذلك تغيير موضوع الشرع وليس للعبد ذلك (ولو قال أنت على كبطن أمي أو كفخذها أو كفرجها فهو مظاهر لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة) اللام فى المحللة

قال وهذا اللفظ لا يكون الا ظهارا لانه صريح فيه (ولو نوى به الطلاق لا يصح) لانه منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به (واذا قال أنت على كبطن أمي أو كفخذها أو كفرجها فهو مظاهر) لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا المعنى يتحقق فى عضو لا يجوز النظر اليه (وكذا اذا شبهها بمن لا يحل له النظر اليها على التأبيد من محارمه مثل أخته أو عمته أو أمه من الرضاعة) لانهن فى التحريم المؤبد كالام (وكذلك اذا قال رأسك على كظهر أمي أو فرجك أو وجهك أو رقبتك أو نصفك أو ثلثك أو بدنك) لانه يعبر بها عن جميع البدن ويثبت الحكم فى الشائع ثم يتعدى كما بيناه فى الطلاق

تمام حكم الحادثة فلا تجب كفارتان كما نقل عن عمرو بن العاص وقبيصة وسعيد بن جبير والزهرى وقتادة ولا ثلاث كفارات كما عن الحسن البصرى والنخعى (قوله وهذا اللفظ) أى قوله أنت على كظهر أمي (لا يكون الا ظهارا وان نوى به الطلاق) أو الايلاء أو قال لم أنو شيأ لانه صريح فيه وانما اليه اتباع المشروع لا تغييره وهذا يعم ما قلنا وما فى الكتاب يخص قصد الطلاق ولو قال أردت به الخبر عن الماضى كذبا لا يصدق فى القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى كذا فى التحفة ولو قيل المنسوخ كون هذا اللفظ طلاقا وهو لا يستلزم نفى صحة ارادته به احتاج الى الجواب ويصلح ما تقدم من قوله وانما اليه اتباع المشروع لا تغييره أن يكون جوابا وهو كلفظ أنت طالق جعل شرعا لوقوع الطلاق على المخاطبة ويصح أن يراد غيره فلا يقع فيما بينه وبين الله تعالى كذا فى التحفة (قوله ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة) اللام فيهما للعهد أى المحللة بعقد النكاح بالمحرمة على التأبيد لانهما المعهودتان فيما سبق من ذكرهما (قوله وهذا المعنى) يعنى تشبيه المحللة بالمحرمة (يتحقق فى التشبيه بعضو لا يحل النظر اليه) على التأبيد لما كان الظهار كلاما تشبيهيا مشتملا على المشبهة والمشبه بها وجب اعطاء ضابطهما ففى المشبهة أن تذكر هى أو جزء شائع منها أو جزء معين يعبر به عن جملتها كالرأس والرقبة والفرج والوجه وتقدم بيان التعبير بهذه عن الكل فى الطلاق والنصف والثلث فى الاول وفى المشبه بها أن تذكر هى أو عضو منها لا يحل النظر اليه على التأبيد الا أن مع ذكرها ينوى كما سيأتى اذا عرفت هذا فعبارته أعنى قوله وكذا اذا شبهها بمن لا يحل له النظر اليها الى قوله مثل أخته وعمته وأمه من الرضاع ليست جيدة لان ظاهرها حرمة النظر الى هؤلاء من الرضاعة وانما المعنى اذا شبهها بجزء لا يحل النظر اليه فلو قال أنت على أو رأسك أو وجهك أو رقبتك أو فرجك أو نصفك أو ثلثك أو سدسك كظهر أمي أو خالتى أو أم زوجتى أو كفرجها أو بطنها أو فخذها أو أليتها كان مظاهرا ولو قال يدك أو رجلك أو شعرك أو ظفرك أو سنك أو بطنك أو فخذك أو جنبك أو ظهرك كظهر أمي أو فرجها الى آخر ما ذكرنا لم يكن مظاهرا لانتفائه من جهة المشبهة ولو قال أنت على أو رأسك الى آخر ما قلنا كيد أمي أو جنبها الخ لم يكن ظهارا لانتفائه من جهة المشبه بها لان هذه الاشياء مما يجوز النظر اليها ومسها بغير شهوة وكذا لو قال يدك أو رجلك الخ على كيدها أو كرجلها الخ لم يكن ظهارا لانتفائه من الجهتين واذا أحكمت ملاحظة الاصلين أخرجت فروعا كثيرة عن تفريق ما جمعناه مثل فرجك كفرج أمي فرجك كفخذ أمي يكون ظهارا بطنك كفرجها لا يكون ظهارا ووجه الاعتبار فى المشبهة بكون العضو مما يعبر به عن الجملة والجزء الشائع ما أحال عليه فى الطلاق لان المحرمة هنا كالمطلقة هنالك وقد بيناه هنالك وفى المشبه بها بكون العضو مما لا يحل النظر اليه من المحرمة ما ذكره بقوله لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة الخ وقد تممناه فى أول هــذا البحث (قوله لانهن) أى أخته وعمته وأمه من الرضاع

والمحرمة للعهد أى المحللة نكاحا الا بملك اليمين بالمحرمة تأبيدا لا توقيتا (وهــذا المعنى) أى التشبيه (يتحقق فى عضو لا يجوز النظر اليه) كالاعضاء المذكورة بخلاف اليد والرجل والشعر والظفر لانه يحل النظر والمس فلا يكون مظاهرا بالتشبيه بها وقوله (وكذا إذا شبهها بمن لا يحل له النظر اليها) ظاهر (وان قال رأسك على كظهر أمي أو فرجك أو وجهك أو رقبتك كان مظاهرا) لان هذه الاعضاء يعبر بها عن جميع البدن فيكون تشبيهها من المرأة كتشبيه ذات المرأة (ولو قال نصفك أو ثلثك أو ربعك كظهر أمي كان مظاهرا لان الحكم يثبت فى ذلك الجزء أولا ثم يسرى الى سائر البدن كما بيناه فى الطلاق)

(قوله لان فى ذلك تغيير موضوع الشرع) أقول وعدم كونه ايلاء يعلم من قوله لان فيه تغيير موضوع الشرع قال المصنف (وكذا اذا شبهها بمن لا يحل له النظر) أقول قال ابن الهمام مقتضى العبارة أن لا يحل النظر الى اخته وغيرها وليس كذلك وانما المعنى بجزء لا يحل النظر اليه اهـ فاستعمل من بمعنى ما ومن فى من محارمه للتبعيض قال الاتقانى أى اذا شبه فى امرأته بمن لا يحل للرجل النظر الى هذه الاشياء الظهر والبطن والفرج والفخذ على التأبيد من سائر المحارم اهـ فعلى هذا تخلو الصلة عن العائد الا أن يقال المضاف مقدر أى لا يحل النظر الى أعضائها المعهودة قال المصنف (على التأبيد) أقول قال تاج الشريعة احترز به عن المطلقة ثلاثا وكذلك كل من كانت حلالا ثم حرمت عليه مثل أم امرأته اهـ لكن اذا شبهها بها يكون مظاهرا

فى التحريم المؤبد كالام بخلاف قوله أنت على كظهر عمتك أوأختك لان حرمتهما ليست على التأبيد
بل موقتة بانقطاع عصمتها ثم المراد تأبد الحرمة باعتبار وصف لايمكن زواله فان المجوسية محرمة
على التأبيد ولوقال كظهر مجوسية لايكون ظهارا ذكره فى الجوامع لان التأبيد باعتبار دوام الوصف
وهو غير لازم لجواز اسلامها بخلاف الامية والاختية وغيرهما لايقال يرد على اشتراط تأبد الحرمة مالو
ظاهر من امرأته ثم قال لاخرى أنت على مثل هذه ينوى الظهار فهو مظاهر ولو بعد موتها او بعد
التكفير مع ان المظاهر منها ليست محرمة على التأبيد لان ثبوت الظهار فى هذه انما هو باعتبار تضمن
قوله لها أنت على كظهر أمى لان تشبيهها بمن قال لها ذلك انما هو فى ذلك فالظهار فيها باعتبار خصوص
وجه الشبه المراد لا باعتبار نفس التشبيه بها وكذا لو كانت امرأة رجل آخر ظاهر زوجها منها فقال
أنت على مثل فلانة ينوى ذلك صح ولو كان بعد موتها وفى التحفة لوشبه بامرأة محرمة عليه فى الحال
وهى ممن تحل له فى حالة أخرى مثل أخت امرأته ومثل امرأة لها زوج أومجوسية أو مرتدة لم يكن
مظاهرا لان النص ورد فى الام وهى محرمة على التأبيد وقد علمت أن هذه كنايات فلا تكون ظهارا
ولا إيلاء إلا بالنية وبعد اشتراط تأبيد الحرمة هل يشترط الاجماع عليها شرطه فى النهاية لتخرج أم
المزنى بها وبنتها لانه لوشبهها بهما لم يكن مظاهرا وعزاه الى شرح الطحاوى لكن الخلاف منقول فى هذه
فمنهم من قال عند أبى يوسف يكون مظاهرا خلافا لمحمد بناء على نفاذ حكم الحاكم لو قضى بحلها عند محمد
ينفذ خلافا لابى يوسف ومنهم من قال عند أبى حنيفة وأبى يوسف يكون مظاهرا خلافا لمحمد بناء على
نفاذ حكم الحاكم بحل نكاحها وعدمه فظهر مما نقلنا ان مبنى ثبوت الخلاف فى الظهار وعدمه ليس
كون الحرمة المؤبدة مجمعا عليها أولا بل كونها يسوغ فيها الاجتهاد أولا وعدم تسويغ الاجتهاد
لوجود الاجماع أوالنص الغير المحتمل للتأويل من غير معارضة نص آخر فى نظر المجتهد وان كانت
المعارضة ثابتة فى الواقع ولهذا يختلف فى كون المحل يسوغ فيه الاجتهاد وفى نفاذ حكم الحاكم
بخلافه ولذا فرق فى المحيط بوجود النص على الحرمة بالوطء وعدمه حيث قال لو قبل امرأة أولمسها
بشهوة ثم شبه امرأته بنتها لايكون مظاهرا عند أبى حنيفة ولا يشبه هذا الوطء لان حرمته منصوص
عليها وحرمة الدواعى غير منصوص عليها وفى الدراية فى كظهر أختى من لبن الفحل لايصير مظاهرا من
غير ذكر خلاف مع انها محرمة على التأبيد كأنهم اتفقوا على تسويغ الاجتهاد فيها مع ان فى حرمتها
عموم نص يحرم من الرضاع مايحرم من النسب وقوله صلى الله عليه وسلم ليلج عليك أفلح فانه عمك من
الرضاعة لكن ذلك خص منه ماذكر فى الرضاع والثانى انما يفيد ثبوت أختية بنت الفحل من غير
التى أرضعته بالالتزام ومثله مارأيت لوشبهها بامرأته الملاعن منها لم يكن مظاهرا من غير ذكر خلاف
مع ان أبا يوسف يرى تأبد حرمتها التسويغ الاجتهاد أما ان أراد من أرضعهما نفس الفحل بان نزل له
لبن فلا اشكال لكنه بعيد من عادتهم فى اطلاقه ولانه لا أختية هناك أصلا ومما يشكل ماذكره
فى الدراية أيضا نقلا عن شرح القدورى رحمه الله زنى أبوه بامرأة أوابنه فشبهها بامها أوابنتها يصير
مظاهرا عند أبى يوسف رحمه الله ولا ينفذ عنده حكم الحاكم بحلها وعند محمد لا يصير مظاهرا وينفذ
حكم الحاكم وهذا مشكل لان غاية أم مزنية الاب والابن أن تكون كأم زوجة الاب والابن ولا تحرم
أم زوجة الاب على الابن ولا أم زوجة الابن على الاب فليس التشبيه بها بمحرمة ولوشبه بظهر أبيه
أوقريبه أو بظهر أجنبى لم يكن مظاهرا ولوشبهها بفرج أبيه أوقريبه قال فى المحيط ينبغى أن يكون
مظاهرا لان فرجهما فى الحرمة كفرج أمه وفى كافى الحاكم رحمه الله المرأة لاتكون مظاهرة من
زوجها من غير ذكر خلاف وفى الدراية لوقالت هى أنت على كظهر أبى أوأنا عليك كظهر
أمك لايصح الظهار عندنا وفى المبسوط عن أبى يوسف عليها كفارة يمين وقال الحسن بن زياد هو

(ولو قال أنت على مثل أمي أو كامي احتمل وجوها فيرجع الى نيته لينكشف ذلك) وكلامه ظاهر وقوله (وان لم تكن له نية فليس بشئ عند أبي حنيفة وأبي يوسف) ذكر في المبسوط قول ابي حنيفة وحده وعن أبي يوسف فيه روايتان احداهما كقول محمد لانه قال في الامالي اذا قال هذا في حالة الغضب يقال نويت به البر لم يصدق في القضاء وهو ظهار وعنه انه قال ايلاء لان الام محرمة عليه بالنص قال الله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم وكان قوله أنت على كامي بمنزلة قوله أنت على حرام وقد بينا في هذا اللفظ أنه إذا لم ينو شيأ يثبت أقل الوجوه وهو الايلاء وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف على ماذكره في الكتاب ان كلامه يحتمل التشبيه من حيث الكرامة فيحمل عليه الى ان يتبين خلافه بالنية والفرض عدمها ووجه قول محمد ان التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها أولى (وان عنى به التحريم لاغير فعند أبي يوسف هو ايلاء ليكون الثابت به أدنى الحرمتين) فان الحرمة الثابتة بالايلاء أدنى من الحرمة الثابتة بالظهار اذ حرمة الايلاء لغيرها وهو هتك حرمة اسم الله تعالى وحرمة الظهار لعينها وهو انه منكر من القول وزور ولان الحرمة الثابتة بالظهار لاترتفع الا بالكفارة والثابتة بالايلاء ترتفع بدونها وهو الحنث وغير ذلك من الوجوه الدالة على ذلك على ماهو المذكور في النهاية وغيرها (وعند محمد ظهار لان كاف التشبيه يختص به ولو قال أنت على حرام كامي ونوى ظهارا أو طلاقا فهو على ما نوى لانه يحتمل الوجهين) فحسب لانه لما صرح بالحرمة لم يبق كلامه محتملا للكرامة كما في المسئلة الاولى ووجهها ظاهر

(ولو قال أنت على مثل أمي أو كامي يرجع الى نيته) لينكشف حكمه (فان قال أردت الكرامة فهو كما قال) لان التكريم بالتشبيه فاش في الكلام (وان قال أردت الظهار فهو ظهار) لانه تشبيه بجميعها وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر الى النية (وان قال أردت الطلاق فهو طلاق بائن) لانه تشبيه بالام في الحرمة فكانه قال أنت على حرام ونوى الطلاق وان لم تكن له نية فليس بشئ عند أبي حنيفة وأبي يوسف لاحتمال الحمل على الكرامة وقال محمد يكون ظهارا لان التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها أولى وان عنى به التحريم لاغير فعند أبي يوسف هو ايلاء ليكون الثابت به أدنى الحرمتين وعند محمد ظهار لان كاف التشبيه تختص به (ولو قال أنت على حرام كامي ونوى ظهارا أو طلاقا فهو على ما نوى) لانه يحتمل الوجهين الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه تأكيد له

ظهار وقال محمد ليس بشئ وهو الصحيح وفي شرح المختار حكى خلاف أبي يوسف والحسن على العكس وكذا في غيره وفي الينابيع والروضة كالاول قال هو يمين عند أبي يوسف ظهار عند الحسن ولو ظاهر من امرأته ثم أشرك معها أخرى كان مظاهرا منهما (قوله ولو قال أنت على مثل أمي) هنا ألفاظ أنت أمي مثل أمي كامي حرام كظهر أمي ففي أنت أمي لا يكون مظاهرا وينبغي أن يكون مكروها فقد صرحوا بأن قوله لزوجته يا أخية مكروه وفي حديث رواه أبو داود عن أبي تميمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سمع رجلا يقول لامرأته يا أخية فكره ذلك ونهى عنه ونحن نعقل أن معنى النهي هو انه قريب من لفظ تشبيه المحللة بالمحرمة الذي هو ظهار ولولا هذا الحديث لامكن أن يقال هو ظهار لان التشبيه في قوله أنت أمي أقوى منه مع ذكر الاداة ولفظ أخية في يا أخية استعارة بلاشك وهي مبنية على التشبيه لكن الحديث المذكور أفاد كونه ليس ظهارا حيث لم يبين فيه حكما سوى الكراهة والنهي عنه فعلم انه لابد في كونه ظهارا من التصريح بأداة التشبيه شرعا ومثله أن يقول لها يا بنتي أو يا أختي ونحوه وفي مثل أمي أو كامي ينوي فان نوى الطلاق وقع بائنا كقوله أنت على حرام وان نوى الكراهة أو الظهار فكما نوى كما في الكنايات وأفاد انه كناية في الظهار فعلم ان صريحه كون التشبيه بعضو وان لم يكن له نية فليس بشئ عندهما وهو ظهار عند محمد رحمه الله وجه قوله ان المعنى الشرعي لهذا اللفظ الظهار لوجود التشبيه بالبعض في ضمن الكل غيرانه عدل عنه فيما اذا كان له نية شئ يصح ارادته من اللفظ الى ذلك المنوي تصحيحا لارادته وجعل على بمعنى عندي في الكرامة وذلك ان المفيد للكرامة بطريق الحقيقة لفظ أنت عندي مثل أمي أو كامي فحين لم يصرفه عن مقتضاه نية عمل بموجبه في نفسه ولهما أنا نمنع كون الصراحة تثبت بالتشبيه بالجزء حال كونه في ضمن التشبيه بالكل بل اذا كان التشبيه به ابتداء ففيما اذا كان التشبيه بكلها يبقى مجملا في حق جهة التشبيه فما لم يتبين مراد مخصوص لايحكم بشئ خصوصا والحمل على الظهار حمل على المعصية ولا يجوز الزام المسلم المعصية من غير قصد اليها ولا لفظ صريح فيها وما أمكن صرف تصرفاته عنها وجب اعتبار ذلك في حقه وان نوى به التحريم لاغير فالمصنف حكى فيه خلافا بينهما وكذا غيره فعند محمد ظهار لانه بكاف التشبيه أي أداته فان الكلام في مثل أمي وكامي جميعا واحد مختص بالظهار كما قدمنا انه حقيقة وقد

قال المصنف (فالتشبيه بجميعها أولى) أقول فيه بحث فان في الجميع ما يحل النظر اليه كالوجه وغيره قال المصنف (لان كاف التشبيه) أقول أي أداته فان الكلام في مثل أمي وكامي جميعا واحد قال المصنف (تختص به) اقول المراد كثرة استعماله فيه فلا يرد شئ

(وان لم تكن له نية فعلى قول أبي يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار والوجهان بيناهما) يعني قوله ليكون الثابت أدنى الحرمتين وقوله لان كاف التشبيه يختص به (وان قال أنت على حرام كظهر أمي ونوى طلاقا أو إيلاء لا يكون الا ظهارا عند أبي حنيفة) وكذا اذا لم ينو شيأ كذا في المبسوط (وقالا هو على مانوى) ان نوى ظهارا فظهار وان نوى طلاقا فطلاق (٢٣١) وان نوى ايلاء فايلاء كذا ذكره الصدر الشهيد والامام العتابي في شرحيهما للجامع الصغير (لان التحريم محتمل) ونية المحتمل صحيحة (غير ان عند محمد اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا وعند أبي يوسف يكونان جميعا) يعني يقع الطلاق بنيته ويكون مظاهرا بالتصريح بالظهار ولا يصدق في صرف الكلام عن ظاهره قضاء فصار بمنزلة قوله زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم وقال لي امرأة أخرى وإياها عنيت يقع الطلاق على تلك بنيته وعلى هذه المعروفة بالظاهر وضعفه شمس الائمة السرخسي بأن الطلاق ان وقع بقوله أنت على حرام كان متكلما بلفظ الظهار بعد ما بانت والظهار بعد البينونة لا يصح وان قال الظهار مع الطلاق يثبت بقوله أنت على حرام قلنا اللفظ الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين وأجاب الامام ظهير الدين عن هذا فقال يصح ظهار المبانة على قوله وكان هذا رواية منه على صحة ظهار المبانة وان هذا الكلام صريح في الظهار ولهذا لو لم تكن له نية يكون ظهارا فلا يصدق في ابطال حكم الظهار ويصدق في ارادة الطلاق لاعترافه به وقوله (وقد عرف في موضعه) يعني مبسوط شمس الائمة (ولابي حنيفة أن قوله أنت على كظهر أمي صريح في الظهار) ولهذا لا يحتاج في الدلالة عليه الى النية (فلا يحتمل غيره من الطلاق) والايلاء (ثم هو محكم) لعدم احتمال الغير وقوله أنت على حرام يحتمل تحريم الطلاق وغيره كما مر (فيرد التحريم اليه) أي الى الظهار كما هو الاصل في رد المحتمل على المحكم

وان لم تكن له نية فعلى قول أبي يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار والوجهان بيناهما (وان قال أنت على حرام كظهر أمي ونوى به طلاقا أو ايلاء لم يكن الا ظهارا عند أبي حنيفة وقالا هو على مانوى) لان التحريم يحتمل كل ذلك على ما بينا غير ان عند محمد اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا وعند أبي يوسف يكونان جميعا وقد عرف في موضعه ولابي حنيفة انه صريح في الظهار فلا يحتمل غيره ثم هو محكم فيرد التحريم اليه

نوى ما لا ينافيه فان الحرمة موجب الظهار فيثبت المنوي في ضمن المعنى الحقيقي في الكلام وعند أبي يوسف ايلاء بناء على منع كونه المعنى الوضعي عند التشبيه بالكل فيبقى الثابت به لا يتعدى به المنوي وتحريمها مطلقا بلا ظهار ولا طلاق هو الايلاء ولان الايلاء أدنى الحرمتين من حيث السبب والحكم وأمور أخر أما السبب وهو الظهار نفسه فكبيرة محضة والايلاء في نفسه من حيث هو يمين ليس معصية بل باعتبار أمر آخر يقترن به وأما الحكم فالكفارة فيه أغلظ حيث قدر الاطعام بستين مسكينا أو صيام ستين يوما والامور الاخر هي أن حرمتها في الايلاء لا تثبت في الحال فانه وان حلف أن لا يقربها فالشرع طلب منه أن يحنث ويطأها قبل التكفير ثم يكفر ولو طلقها ثلاثا فعادت اليه بعد زوج آخر عادت بلا ايلاء في حق وقوع الطلاق بمضي المدة بل في حق لزوم الكفارة اذا وطئ وكان الايلاء مؤبدا وفي الظهار يثبت في الحال ثم يتعدى الى الدواعي ثم لا يحل منها شيء آخر حتى يكفر أولا ولو طلقها ثلاثا والباقي بحاله تعود بالظهار ولا تحل ما لم يكفر وكذا لو ملكها بان كانت أمة فاشتراها وانفسخ العقد لا تحل ما لم يكفر ومنهم من قال الاصح انه حينئذ ظهار عند الكل لانه تحريم مؤكد بالتشبيه وفيه نظر لان هذا انما ينطبق على قوله أنت على حرام كأمي وليس الكلام فيه بل في مجرد أنت كأمي وفي أنت على حرام كأمي فانما له محتملان الطلاق والظهار لا البر لتصريحه بالحرمة فأيهما أراد ثبت فان لم تكن له نية فعلى قول أبي يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار وههنا يتجه المذكور آنفا عن قاضيخان أنه ينبغي أن لا يختلف في كونه ظهارا لانه تحريم مؤكد بالتشبيه (قوله والوجهان بيناهما) يعني فيما قبلها يعني قوله من جهة أبي يوسف ليكون الثابت أدنى الحرمتين ومن جهة محمد ما ذكرنا وفي أنت على حرام كظهر أمي خلاف فعنده لا يكون الا ظهارا سواء نوى طلاقا أو ايلاء أو لم ينو شيأ (وقالا هو على مانوى) ظهارا أو طلاقا أو ايلاء وان لم تكن له نية فظهار (لان التحريم يحتمل كل ذلك) فان نوى الطلاق أو الايلاء يكون قوله بعده كظهر أمي تأكيدا له لا مغيرا (غير ان عند محمد اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا) معه لانه يقع بائنا بانت حرام ولا يمكن اثبات الظهار بعده بكظهر أمي (وعند أبي يوسف يكونان) فقيل لا بلفظ حرام اذ لا يراد باللفظ الواحد معنيان مختلفان بل كل بلفظ وهذه رواية عنه في صحة الظهار من المبانة وقيل بل الظهار يقع بنفس اللفظ لانه صريح فيه والطلاق باعترافه بنيته كما اذا قال من له امرأة معروفة بزينب زينب طالق ثم قال عنيت الاخرى يقع عليهما في الاخرى باعترافه وفي المعروفة بصريح اللفظ في القضاء فانه لا يصدق فيه في صرف النية عنها لانه خلاف الظاهر وهذا يقتضي ان وقوع الطلاق والظهار فيما اذا قال عنيت الطلاق عنده انما هو في القضاء أما فيما بينه وبين الله تعالى فالواقع مانوى وفي شرح الكنز ولو نوى الايلاء ينبغي أن يكون ايلاء وظهارا بالاتفاق لعدم التنافي (قوله وقد عرف في موضعه) يعني المبسوط ولابي حنيفة أنه أي لفظ كظهر أمي صريح

قال (ولا يكون الظهار الا من الزوجة حتى لو ظاهر من أمته لم يكن مظاهرا لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ولان الحل في المملوكة تابع) بدليل انه لو اشترى أمة فوجدها محرمة عليه برضاع أو مصاهرة لم يثبت للمشترى ولاية الرد بسبب الحرمة فلا تكون الامة في معنى المنكوحة حتى تلحق بها (ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة) وعورض بان الامة محل الظهار بقاء فيجب أن تكون محلا ابتداء كما لو ظاهر من امرأته (٢٣٣) وهي أمة ثم اشتراها فانه يبقى حكم الظهار وما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء

كالمحرمية في النكاح والجواب ان بقاء الظهار فيما ذكرت ليس باعتبار انها محل للظهار بقاء وانما هو باعتبار ان حرمة الظهار اذا صادفت المحل لا تزول الا بالكفارة وههنا قد صادفت محلا فتبقى الى أن توجد الكفارة فهي بمنزلة الحرمة الثابتة بالطلاق فانها اذا طلقت ثنتين لم تحل بعد ذلك بسبب ما لم تتزوج بزوج آخر (فان تزوج امرأة بغير أمرها ثم ظاهر منها ثم أجازت النكاح فالظهار باطل لانه صادق في التشبيه وقت التصرف) لكونها محرمة قبل اجازتها فلم يوجد ركن الظهار وهو تشبيه المحللة بالمحرمة فلم يكن منكرا من القول والظهار منكر من القول وقوله (والظهار ليس بحق من حقوقه) أي حقوق النكاح جواب سؤال تقريره الظهار مبنى على الملك والملك موقوف فينبغي أن يكون الظهار موقوفا على الاجازة كتوقف اعتاق المشترى من الغاصب على اجازة المغصوب منه البيع الصادر من

قال (ولا يكون الظهار الا من الزوجة حتى لو ظاهر من أمته لم يكن مظاهرا) لقوله تعالى من نسائهم ولان الحل في الامة تابع فلا تلحق بالمنكوحة ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة (فان تزوج امرأة بغير أمرها ثم ظاهر منها ثم أجازت النكاح فالظهار باطل) لانه صادق في التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا من القول والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف بخلاف اعتاق المشترى من الغاصب لانه من حقوق الملك (ومن قال لنسائه أنتن على كظهر أمي كان مظاهرا منهن جميعا) لانه أضاف

في الظهار محكم فيه واللفظ حرام محتمل فيرد اليه اذا قرن معه (قوله حتى لو ظاهر من أمته) موطوءة كانت أو غير موطوءة لا يصح وهو مذهب الشافعي وأحمد وجمع كثير من الصحابة والتابعين خلافا لمالك والثوري في الامة مطلقا ولسعيد بن جبير وعكرمة وطاوس وقتادة والزهري في الموطوءة لنا أن النص يتناول نساءنا بقوله تعالى من نسائهم والامة وان صح اطلاق لفظ نسائنا عليها لغة لكن صحة الاطلاق لا تستلزم الحقيقة لان حقيقة اضافة النساء الى رجل أو رجال انما تتحقق مع الزوجات لانه المتبادر حتى يصح أن يقال هؤلاء جوار به لا نساؤه وحرمة بنت الامة الموطوءة ليس لان أمها من نسائنا مرادة بالنص بل لانها بنت موطوءة وطأ حلالا عند الجمهور وبلا هذا القيد عندنا على انه لو أريد بالنساء هناك ما تصح به الاضافة حتى يشمل المعنى الحقيقي وهن الزوجات والمجازى أعني الاماء بعموم المجاز لا مكن للاتفاق على ثبوت ذلك الحكم في الاماء كثبوته في الزوجات أما هنا فلا اتفاق ولا لزوم عندنا أيضا لثبت بطريق الدلالة لان الاماء لسن في معنى الزوجات لان الحل فيهن تابع غير مقصود من العقد ولا من الملك حتى يثبت مع عدمه في الامة المجوسية والمواضعة بخلاف عقد النكاح لا يصح في موضع لا يحتمل الحل ولان القياس ان لا يوجب هذا التشبيه الذي هو كذب سوى التوبة ورد الشرع بثبوت التحريم فيه في حق من لها حق في الاستمتاع ولا حق للامة فيه فيبقى في حقها على أصل القياس ولان الظهار كان طلاقا فانتقل عنه الى تحريم مغيا بالكفارة ولا طلاق في الامة وليس هذا الوجه بشئ للمتأمل (قوله لانه صادق في التشبيه وقت التصرف) والتشبيه انما انعقد سببا للتحريم المغيا حين كان كذبا محضا فلا يتوقف بقى ان يقال فليتوقف على الاجازة كما يتوقف نكاحها على الاجازة فان أجازت ظهر انه كان التشبيه الممتنع أجاب عنه بقوله والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف بتوقفه لان عقد النكاح حلال والظهار حرام فتنافيا بخلاف العتق مع الملك فلا يتوقف ولا يثبت الظهار بعد الاجازة بخلاف اعتاق المشترى العبد من غاصب العبد لان الاعتاق حق من حقوق الملك بمعنى يثبت بالملك حتى ان يعتق اذا شاء فيتوقف بتوقفه وينفذ بنفاذه ولا يثبت بملك النكاح ذلك بل هو منهى عنه وان كان لو قاله لزمه حكمه فاذا أجاز المالك بيع الغاصب عتق (قوله ومن قال لنسائه أنتن على كظهر أمي كان مظاهرا منهن جميعا) بلا خلاف (لانه أضاف

الغاصب وتقرير الجواب ان الظهار ليس من حقوق النكاح ولوازمه فلا يلزم من توقف النكاح الظهار على الاجازة توقف الظهار عليها والدليل على انه ليس من حقوقه ان النكاح أمر مشروع والظهار ليس بمشروع لانه منكر من القول وما لا يكون مشروعا لا يكون من حقوق المشروع (بخلاف اعتاق المشترى من الغاصب لانه) أي الاعتاق (من حقوق الملك) لكونه منهيا للملك ومتمما له (ومن قال لنسائه أنتن على كظهر أمي كان مظاهرا منهن جميعا) وكلامه فيه واضح

(قوله فالابتداء والبقاء فيه سواء) أقول فيه بحث نعم كل ما يكون محلا للحكم ابتداء يكون محلا له بقاء وأما عكسه فغير مسلم وما ذكر من حديث المحرمية لا يفيده (قوله لا تزول الا بالكفارة الخ) أقول وهل معنى محلية الظهار بقاء الا هذا

وقوله (بخلاف الايلاء منهن) يعني أن يقول لهن والله لا أقربكن فانه اذا لم يقربهن حتى مضت أربعة أشهر طلقن جميعا وان قرب الكل قبل مضي المدة يجب عليه كفارة واحدة لان الكفارة فيه لصيانة

حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم

الظهار اليمين فصار كما اذا أضاف الطلاق (وعليه لكل واحدة كفارة) لان الحرمة تثبت في حق كل واحدة والكفارة لانهاء الحرمة فتتعدد بتعددها بخلاف الايلاء منهن لان الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم ﴿فصل في الكفارة﴾ قال (وكفارة الظهار عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا) للنص الوارد فيه فانه يفيد الكفارة على هذا الترتيب قال (وكل ذلك قبل المسيس) وهذا في الاعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه

الظهار اليمين فكان كاضافة الطلاق اليمين يطلقن جميعا وانما الخلاف في تعدد الكفارة فعندنا وعند الشافعي تتعدد بتعددهن أي كل من أراد وطأها وجب عليه تقديم كفارة وبه قال الحسن والنخعي والزهري والثوري وغيرهم وقال مالك وأحمد كفارة يمين واحدة وروي ذلك عن عمر وعلي وعروة وطاوس وعطاء اعتبروه باليمين بالله تعالى في الايلاء قلنا الكفارة لوضع الحرمة وهي متعددة بتعددهن وكفارة اليمين لهتك حرمة الاسم العظيم ولم يتعدد ذكره بخلاف ما لو كرر الظهار من امرأة واحدة مرتين أو أكثر في مجلس أو مجالس حيث تتكرر الكفارة بتعدده الا ان نوى بما بعد الاول الاول تأكيدا فيصدق قضاء فيما الا كما قيل في المجلس لا المجالس بخلاف الطلاق لان حكم الظهار فيما بينه وبين الله تعالى وأورد لما ثبت بالظهار الاول حرمة موقتة فكيف تتكرر الحرمة بتكرار الظهار وما هو الا تحصيل الحاصل أجيب بالاول تثبت الحرمة الموقتة مع بقاء ملك الحل فيصح الظهار الثاني والثالث ولا منافاة في اجتماع أسباب الحرمة كالخمر حرام على الصائم لعينها ولصومه وليمينه وهذا لا يدفع سؤال تحصيل الحاصل الا أن يلتزم أن يثبت بكل سبب حرمة كما التزم في أسباب الحدث على ما تقدم في الطهارات ﴿فروع﴾ لا يصح ظهار الذمي وبه قال مالك خلافا للشافعي وأحمد كالايلاء وهي رواية البرامكة عن أبي حنيفة والاول رواية الاصل لنا قوله تعالى والذين يظاهرون منكم والكافر ليس منا والحاقه بالقياس متعذر لان الظهار جناية حكمها تحريم يرتفع بالكفارة وشرك الكافر يمنع من رفع أثر الجناية عنه بالكفارة مع انه ليس من أهلها لانها عبادة حتى اشترطت النية فلم تصح من الكافر فيبقى تحريما مؤبدا وهو غير حكمه بالنص ولانه لا يقدر عليها على رأيكم اذ لا يقدر على ملك رقبة مؤمنة والغاء قيد الايمان في حقه بخلاف النص فيكون خلاف الكفارة ولا اجماع على ذلك ليكون كالغائه في اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وما أجيب من انها عبادة في حق المسلم عقوبة في حق الكافر يقال عليه انها تفتقر الى النية اتفاقا فلزم كونها عبادة وما دفع به من أن افتقارها اليها كافتقار الكنايات اليها وليست عبادة مدفوع بانه قياس بلا جامع لان افتقار الكنايات اليها ليتعين به أحد المحتملات وهو الطلاق عن غيره وافتقار الكفارة لتقع عبادة والا فلماذا والفرق بين الظهار والايلاء على قول أبي حنيفة حيث أجازا ايلاء الكافر خلافا لصاحبيه ان حكم الايلاء أمران وقوع الطلاق بتقدير البر وهذا يتحقق في حقهم لانهم يعتقدون حرمة الاسم الكريم ويصونونه فينعقد منهم نظرا الى ذلك ولزوم الكفارة بتقدير الحنث فلو فرض منهم الحنث بالوطء انتفى حكم البر وتعذر التكفير ولو ظاهر واستثنى يوم الجمعة مثلا ثم كفر إن كفر في يوم الاستثناء لم يجز ولو ظاهر يوما أو شهرا صح تقييده ولا يبقى بعد مضي المدة ولو علق الظهار بشرط ثم أبانها ثم وجد الشرط في العدة لا يصير مظاهرا بخلاف الابانة المعلقة على ما سلف ويصح بشرط النكاح فاذا قال لاجنبية ان تزوجتك فأنت علي كظهر أمي فتزوجها لزمه حكم الظهار ولو قال أنت علي كظهر أمي في رجب ورمضان وكفر في رجب أجزأه عنهما ولو ظاهر فجن ثم أفاق فهو على حكم الظهار ولا يكون عائدا بالافاقة خلافا لاحد وجهين للشافعية ﴿فصل في الكفارة﴾ (قوله عتق رقبة) أي اعتاقها فانه لو ورث من يعتق عليه فنوى به الكفارة

﴿فصل في الكفارة﴾ لما ذكر حكم الظهار وهو حرمة الوطء ودواعيه الى نهايته ذكر في هذا الفصل ما ينهي تلك الحرمة وهو الكفارة وسببها الظهار والعود جميعا فان الله تعالى عطف العود على الظهار في بيان سبب الكفارة ثم رتب الحكم عليها بالفاء وانما كان ذلك والله أعلم لان الظهار منكر من القول وزور وليس فيه جهة إباحة فلا يصلح ان يكون سببا للكفارة لان سببها لابد وان يكون أمرا دائرا بين الحظر والاباحة على ما عرف في الاصول وضم الى ذلك العود عماقال لكونه بعض المنكر وهو حسن ومع ذلك فليس بسبب مستقر لها حتى لو عاد بالعزم على الوطء ثم أبانها أو ماتت لم تلزمه الكفارة ولو عاد ثم بدا له ان لا يطأها سقطت فان قيل لو كان للعود مدخل في السببية لما جاز أداء الكفارة بعد الظهار قبل العود حقيقة لان تقدم الحكم على السبب لا يجوز وهو جائز فالجواب أن المراد بالعود حقيقة ان كان الفعل فهو ليس بسبب وان كان هو العزم فلا نسلم جواز تقديم الكفارة عليه نعم يجب تقديم الكفارة على الفعل لانها شرعت لانهاء الحرمة

الثابتة بالظهار ولا يمكن ايقاع الفعل حلا الا بعد إنهاء الحرمة بالكفارة فوجب التعجيل على الفعل ليكون الفعل واقعا بصفة الحل بعد انتهاء الحرمة وعلى ذلك يدل النص الموجب للكفارة وما في الكتاب ظاهر

﴿فصل في الكفارة﴾ قال المصنف (للنص الوارد فيه) أقول أي في الظهار أو الكفارة بتأويل التكفير أو ترتيب الكفارة المعلوم من السياق

وكذا فى الاطعام لان الكفارة فيه منهية للحرمة فلا بد من تقدعها على الوطء ليكون الوطء حلالا قال (وتجزئ فى العتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر والانثى والصغير والكبير) لان اسم الرقبة ينطلق على هؤلاء اذ هى عبارة عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه والشافعى يخالفنا فى الكافرة ويقول الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفه الى عدو الله كالزكاة ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق الرقبة وقد تحقق وقصده من الاعتاق التمكن من الطاعة

مقارنا لموت المورث لايجزيه عنها (قوله وكذا فى الاطعام) يعنى يجب كونه قبل المسيس كأخويه والنص لا يوجب بلفظه ذلك فيه فعلله وألحقه بهما وحاصله عقلية ان الكفارة منهية بالتنصيص على ايجادهما قبل التماس وهذا كفارة مثلهما فيجب كونه قبل التماس وما قدمنا روايته من الحديث الصحيح من قوله صلى الله عليه وسلم للذى واقع قبل التكفير اعتزلها حتى تكفر مطلق من غير تفصيل فيجب اجراؤه على اطلاقه لا يقال هذا كله يتراءى انه زيادة على اطلاق النص بالخبر والقياس وهو لا يجوز وذلك لانه تعالى قيد التحرير بكونه قبل المسيس فقال فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ثم أعاد القيد المذكور مع الصيام فقال فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا ثم أطلق الاطعام عنه بقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا فلو أريد التقييد فى الاطعام لذكر كما ذكر فيهما بل تخصيصه بالاطلاق بعد ما نص على تكرير القيد مع التخصيص غير مكتفى به بتقييده فى التحرير قرينة على قصد الاطلاق فيه وما قيل ذكره مرتين تنبيه على ارادة تكريره مطلقا اذ هو دفع لتوهم اختصاصه بالخصلة الاولى لو اقتصر عليه معها ولتوهم اختصاصه بالاخيرة لو اقتصر عليه معها وللتطويل لو أعاد معها بعدهما فكلامه غير جار على قوانين الاستدلال بل هو تحسين ثم هو معارض بما قلنا من أن تخصيصه بالاطلاق بعد تكرير القيد مع أخويه ظاهر فى ارادة انفراده عنهما بمعنى الاطلاق فلا يتخرج على القواعد الا ان تحقق فيه اجماع فى عصر من الاعصار والثابت فيه الآن قولان عن الشافعى وروايتان عن أحمد لانا نقول الثابت بالنص افتراض الاطعام شرط الحل المظاهر منها مطلقا وقد جرينا على موجب ذلك ونحن لم نقيد اشتراطه للحل بكونه قبل المسيس فيكون زيادة بل أوجبنا ذلك بخبر الواحد والالحاق بالخصلتين فى وجوب التقديم لا فى اشتراطه للحل والاصل وان كان الافتراض فالمتعدى الى الفرع منه الوجوب لا يقال حينئذ يختلف الحكم فى الاصل والفرع لانا نقول الوصف الذى زاد به الفرض على الوجوب ليس من الحكم فان الحكم هو الايجاب غير أنه ان كان ثبوته قطعيا سمى فرضا وليس كيفية الثبوت جزء ماهية الحكم بل جزء مفهوم لفظ الفرض فتأمل وعما قلنا من عدم اشتراطه للحل واعتبار الاطلاق فى ذلك قال أبو حنيفة فيمن قرب التى ظاهر منها فى خلال الصوم يستأنف ولو قربها فى خلال الاطعام لا يستأنف لان الله تعالى قيد الصيام بكونه قبل التماس وأطلق فى الاطعام ولا يحمل الاطعام على الصيام لانهما حكمان مختلفان وان اتحدت الحادثة (قوله من كل وجه) متصل بالمرقوقة فلذا لو أعتق أم ولده ومدبره لا يجزيه عنها بخلاف المكاتب الذى لم يؤد شيأ وعن ذلك يصح اعتاق الرضيع لصدق الاسم عليه (قوله الكفارة حق الله تعالى) المشهور بناء الخلاف على ان المطلق هل يحمل على المقيد أولا فعندهم نعم وعندنا لا الا فى حكم واحد فى حادثة واحدة

والمراد بقوله (عتق رقبة) اعتاق رقبة فان العتق قد لا ينوب عن الكفارة ألا ترى انه لو ورث أباه ونوى الكفارة لا يخرج عن عهدتها وقوله (من كل وجه) متعلق بالمرقوق دون المملوك لان الكمال فى الرق شرط دون الملك ولهذا لو أعتق المكاتب الذى لم يؤد شيأ أصح عن الكفارة ولو أعتق المدبر عنها لم يصح واعترض على المصنف من وجهين أحدهما انه لم يسمع عن أئمة اللغة رقه حتى يشتق منه المرقوق وانما يقال رق فلان اذا صار رقيقا أى عبدا وأجيب عنه بأن الازهرى حكى عن ابن السكيت انه جاء عبد مرقوق وكلاهما نقمة والثانى ان تذكير الذات لا يجوز فالصواب ذات مرقوقة مملوكة وأجيب بأن الذات تستعمل استعمال النفس والشئ فتذكيره باعتبار المعنى الثانى وقوله (والشافعى يخالفنا) أى لا يجوز اعتاق الرقبة الكافرة فى الكفارة (لان الكفارة حق الله تعالى وحق الله لا يجوز صرفه الى عدو الله كالزكاة ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق الرقبة وقد تحقق) وقوله (وقصده من الاعتاق التمكن من الطاعة) جواب عن قوله الكفارة حق الله تعالى وتقريره أن قصد المكفر بالاعتاق هو ان يتمكن المعتق من الطاعة بخلوصه عن خدمة المولى

قال المصنف (وكذا فى الاطعام) أقول بدلالة النص على ما قرره المصنف فليتأمل فانه سيجىء من المصنف فى تعليل جواز قربان المظاهر منها فى أثناء الاطعام ما يخالفه قال المصنف (فلا بد من تقديمها على الوطء) أقول وهذا على سبيل الاستحباب حتى لو جامع فى خلال الاطعام لا يلزمه الاستئناف كذا فى شرح تاج الشريعة وفيه ما فيه (قوله وأجيب عنه بان الازهرى حكى عن ابن السكيت انه جاء عبد مرقوق وكلاهما نقمة) أقول فى المغرب وأما ذات مرقوقة أو عبد مرقوق كما حكى ابن السكيت فوجهه أن يكون من رق له اذا رحمه وهو مرقوق له ثم حذفت الصلة كما فى المندوب والمأذون آخر ما قال

(ثم مقارفته المعصية) أي بقاؤه على ما كان عليه من الكفر (يحال به الى سوء) اعتقاده و (اختياره) ولقائل أن يقول مقارفته المعصية يحال به الى سوء اختياره لكن لم لا يكون تصور ذلك منه مانعا عن الصرف اليه كما في الزكاة والجواب ان القياس جواز صرف الزكاة اليه أيضا لان فيه مواساة عباد الله لكن قوله صلى الله عليه وسلم خذها من أغنيائهم وردها على فقرائهم أخرجهم عن المصرف قال (ولا تجزئ العمياء) أي لا يجوز اعتاق الرقبة العمياء ذكرا كان أو أنثى وكلامه ظاهر والضابط في تخريج ما يجوز به الاعتاق عن الكفارة وما لا يجوز هو انه متى أعتق رقبة كاملة الرق في ملكه مقرونا بنية الكفارة وجنس ما يبتغى به من المنافع فيها قائم بلا بدل جاز عنها وان لم يكن كذلك لم يجز فقوله رقبة احترازا عما اذا أعتق نصف رقبة ثم جامعها ثم أعتق النصف الآخر لم يجز وان أعتق النصف الآخر قبل الجماع جاز وقوله كاملة الرق احتراز عن المدبر كما تقدم وقوله مقرونا بنية الكفارة احتراز عما اذا أعتق عبدا ولم ينو عن الكفارة فانه لا يقع عنها وان نوى عنها بعد الاعتاق لا يجوز أيضا وقوله وجنس ما يبتغى به من المنافع فيها قائم احتراز عن مقطوع اليدين أو الرجلين وما ماثل ذلك وقوله بلا بدل احتراز عما اذا أعتق عبده على بدل فانه لا يقع عن الكفارة وانما كان فوت جنس المنفعة مانعا لان الشخص يصير في ذلك الجنس كالهالك لان قيام الشخص بمنافعه وقوله (ويجوز الاصم) واضح وقوله (لان قوة البطش بهما) يفيد ان ما يزول به تلك القوة كان مانعا فقطع أكثر اصابع كل يد كقطع جميعها

ثم مقارفته المعصية يحال به الى سوء اختياره (ولا تجزئ العمياء ولا المقطوعة اليدين أو الرجلين) لان الفائت جنس المنفعة وهو البصر أو البطش أو المشي وهو المانع اما اذا اختلت المنفعة فهو غير مانع حتى يجوز العوراء ومقطوعة احدى اليدين واحدى الرجلين من خلاف لانه ما فات جنس المنفعة بل اختلت بخلاف ما اذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشي اذ هو عليه متعذر ويجوز الاصم والقياس ان لا يجوز وهو رواية النوادر لان الفائت جنس المنفعة الا انا استحسنا الجواز لان أصل المنفعة باق فانه اذا صيح عليه سمع حتى لو كان بحال لا يسمع أصلا بأن ولد أصم وهو الاخرس لا يجزيه (ولا يجوز مقطوع ابهامي اليدين) لان قوة البطش بهما فبفواتهما يفوت جنس المنفعة (ولا يجوز المجنون الذي لا يعقل) لان الانتفاع بالجوارح لا يكون الا بالعقل فكان فائت المنافع

واحدة لانه حينئذ يلزم ذلك لزوما عقليا اذ الشئ لا يكون نفسه مطلوبا باذا خاله في الوجود مطلقا ومقيدا كالصوم في كفارة اليمين ورد مطلقا ومقيدا بالتتابع في القراءة المشهورة التي تجوز الزيادة بمثلها وللكلام في تحقيق هذا الاصل فن غير هذا ولو تنزلنا الى أصلهم لم يلزم من التضييق في كفارة الامر الاعظم وهو القتل ثبوت مثله فيما هو أخف منه ليكون التقييد فيه بيانا في المطلق وتقرر ما في الكتاب ان الكفارة وهي الاعتاق حق الله تعالى فلا يجوز صرفها الى عدو الله اذ الاعتاق يتعلق به ويتحقق أثره وهو العتق كالزكاة والجواب ان هذا لا يعارض اطلاق النص الا اذا كان مانعا عقليا منه وليس كذلك لجواز ان يأذن الله تعالى في الاحسان والتمليك تصدقا على الكافر بالامور الدنيوية وقد ثبت ذلك على ما قدمناه في كتاب الزكاة قال صلى الله عليه وسلم تصدقوا على أهل الاديان والاتفاق على جواز الصدقة النافلة عليه مع ان المقصود منها التقرب الى الله تعالى فلولا ان مقصود القربة الى الله تعالى يحصل بذلك لم تشرع أصلا ولا يزيد الفرض على كونه قربة اليه تعالى الا بكونه مأمورا به ولا يظهر لوصف المأمور به أثر في منافاة كون محله كافرا بعد ما ثبت انه لا ينافي معنى القربة ولولا النص الذي يخص الزكاة لقلنا بجواز دفعها الفقراء أهل الذمة وهذا لان التقرب بفعل الفاعل يحصل لا بخصوص محل فعله وهو انما يعتقه لتمكنه من الطاعات بالاسلام شكرا لله تعالى على ما أنعم عليه من تخليصه من ربقة الرق لا لغير ذلك ثم اقترافه هو الكفر لسوء اختيار منه على نفسه فظهر ثبوت معنى التقرب باعتاقه هذا ويدخل في الكافرة المرتد والمرتدة ولا خلاف في اعتاق المرتدة لانها لا تقتل واعتاق العبد الحربي في دار الحرب لا يجزيه عن الكفارة واعتاق المستأمن يجزيه (قوله ولا تجزئ العمياء الخ) الاصل أن يكون المعتق كامل الرق مقرونا بالنية وجنس ما يبتغى من المنافع بلا بدل فظهر ان اختلال جنس المنفعة لا يضر ولا ثبوت العيب وهذا لان بفوات جنس المنفعة تصير الرقبة فائتة من وجه بخلاف نقصانها ولم يعتبروا فوات الزينة على الكمال مع انهم اعتبروه في الديات فألزموا بقطع الاذنين الشاخصتين تمام الدية وجوزوا هنا عتق مقطوعهما اذا كان السمع باقيا ومثله فيمن حلقت لحيته فلم تنبت لفساد المنبت وما علوا به في جعل العنين والخصي والمجبوب من الفائت منفعة النسل وهو زائد على ما يطلب من المماليك يعلل به في فوات الزينة على الكمال لان باعتبار ذلك

(قوله لكن قوله صلى الله عليه وسلم خذها الخ) أقول ولعل هذا خبر مشهور يجوز به الزيادة على الكتاب (قوله ثم أعتق النصف الآخر لم يجز) أقول حق العبارة فانه لا يجوز (قوله كما تقدم) أقول في أول الصفحة

وقوله (والذي يجن ويفيق يجزيه) يعني اذا أعتقه في حال افاقته (ولا يجزئ عتق المدبر وام الولد) لان المنصوص عليه تحرير رقبة مطلقة والمطلق ينصرف الى الكامل ورقبة المدبر وأم الولد ليست بكاملة (لاستحقاقهما جهة الحرية فكان الرق ناقصا) فانه اذا ثبت فيه شيء من القوة الحكمية زال في مقابلته شيء من الضعف الحكمي وقوله (فأشبه المدبر) استدلال عالا

(والذي يجن ويفيق يجزيه) لان الاختلال غير مانع ولا يجزئ عتق المدبر وأم الولد لاستحقاقهما الحرية بجهة فكان الرق فيهما ناقصا وكذا المكاتب الذي أدى بعض المال لان اعتاقه يكون ببدل وعن أبي حنيفة أنه يجزيه لقيام الرق من كل وجه ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ بخلاف أمومية الولد والتدبير لانهما لا يحتملان الانفساخ فان أعتق مكاتبا لم يؤد شيأ جاز خلافا للشافعي له انه استحق الحرية بجهة الكتابة فأشبه المدبر ولنا ان الرق قائم من كل وجه على مابينا ولقوله عليه السلام المكاتب عبد مابقي عليه درهم والكتابة لا تنافيه فانه فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة الا انه بعوض فيلزم من جانبه ولو كان مانعا ينفسخ مقتضى الاعتاق

لا يصير المرقوق هالكا من وجه بل الحر فعن هذا افترق الحال بين الاعتاق والدية فيه ويجوز الرتقاء والقرناء والعوراء والعمشاء والغشواء والبرصاء والرمداء والخنثى لا مقطوع اليدين أو الرجلين أو احدى كل من اليدين والرجلين من جهة واحدة ويجوز من خلاف أما مقطوع ابهامي اليدين فلما في الكتاب ومثله مقطوع ثلاث أصابع غير الابهامين من كل يد لان الاكثر كالكل ويجوز مقطوع إصبعين غير الابهام من كل يد لا ساقط الاسنان العاجز عن الاكل ولا يجوز المجنون المطبق لان المنافع كلها في حقه فائتة لان الانتفاع بها انما هو بالعقل وأما الذي يجن ويفيق فيجزي عتقه أطلقه في الهداية والمراد إذا أعتقه في حال افاقته وفي الاصم روايتان وماذكر في الهداية يؤخذ منه التوفيق بين الروايتين فيحمل رواية النوادر الاصم الذي ولد أصم وهو الاخرس فانه لا يسمع أصلا ولا يتكلم ويحمل ظاهر الرواية الذي اذا صيح عليه يسمع وروى ابراهيم عن محمد اذا أعتق عبدا حلال الدم قضى بدمه عن ظهاره ثم عفي عنه لم يجز وفي التجنيس من علامة عيون المسائل اذا أعتق عبدا مريضا عن ظهاره ان كان يرجى ويخاف عليه يجوز وان كان لا يرجى لا يجوز لانه ميت معنى هذا وقد منع فوات لزوم جنس المنفعة بقطع الابهامين بل اللازم اختلالها ولو لزم ذلك لوجب بقطعهما دية كاملة لكن الشارع لم يعتبرهما الا كغيرهما من الاصابع وأيضا رتب على الدليل نتيجة لا يستلزمها وذلك ان فوات قوة البطش ليست لازمة ولا عينه فوات جنس المنفعة بل ضعفها (ولا يجوز عتق المدبر وأم الولد) ويجوز اعتاق المكاتب الذي لم يؤد شيأ الا الذي أدى بعض الكتابة والشافعي منعه وألحق المكاتب بالمدبر وأم الولد بجامع انه استحق العتق بجهة الكتابة فأشبه المدبر وأم الولد فنقص الرق فيه كما نقص فيهما بل هو أولى بعدم الاجزاء منهما فانه لو قال كل مملوك لي حر عتق مدبره وأم ولده ولا يعتق مكاتبه الا بالنية فدل انه أنقص رقا منهما وبهذا يبطل قولكم الكتابة انما اقتضت فك الحجر لا غير كالاذن في التجارة ولو صح ذلك لاستبد المولى بفسخها كالمنع من التجارة وهذا كله على وجه الالزام لنا في المدبر فان عنده بيع المدبر واعتاقه جائز وهو مذهب أحمد بناء على جواز بيعه عندهما خلافا لنا وفي أم الولد على وجه الاثبات لنفسه ونحن نمنع ان استحقاق العتق بجهة تقبل الفسخ على تقدير تحققها يوجب نقصان الرق فان ذلك معنى التعليق وهو الحاصل هنا فان حاصل الكتابة تعليق العتق بالاداء ولو علق بسائر الشروط لم يلزم نقصان الرق فهذا أولى لان سائر التعليقات لا تحتمل الانفساخ بخلاف هذا ولولا ثبوت النص المفيد لامتناع بيع المدبر وأم الولد لم يتبين نقصان الرق فيهما لان الحاصل فيهما أيضا تعليق العتق بموت السيد ولو تمكن نقصان في رقه لما تصور فسخه

مقول به فان بيع المدبر واعتاقه عن الكفارة عند الشافعي جائز فكان هذا احتجاجا علينا بمذهبنا وقوله (على مابينا) اشارة الى قوله ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ وقوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد مابقي عليه درهم رواه عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم وقوله (والكتابة لا تنافيه) دليل آخر وتقريره المكاتب رقيق قبل الكتابة لا محالة ولم يزل رقه بها لان الشيء لا يزول الا بما ينافيه والكتابة لا تنافي الرق (فانه) أي عقد الكتابة أوذكره باعتبار الخبر (فك الحجر) اذ لم يملك به المكاتب الا المنافع والاكساب كالاعارة والاجارة وفك الحجر لا ينافي ملك الرقبة كالاذن في التجارة فان قيل لو كانت الكتابة فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة لاستبد المولى بالفسخ كما في عزل المأذون أجاب بقوله الا أنه أي عقد الكتابة فك الحجر بعوض فكان لازما من جانبه أي من جانب المولى وقوله (ولو كان مانعا) جواب بطريق التنزل يعني لو سلمنا ان عقد الكتابة مانع عن الاعتاق عن الكفارة لكنه اذا أعتقه عن الكفارة (ينفسخ) قبل الاعتاق (مقتضى الاعتاق اذ هو) أي عقد الكتابة (يحتمل الفسخ) فان قيل لو صح اعتاقه تكفيرا وانفسخ عقد الكتابة مقتضى الاعتاق لسلم الاولاد والاكساب للمولى كما اذا أعتق عبده المأذون بجهة التكفير وله اكساب واعادته

أجاب بقوله (الأأنه يسلم له) أى للمكاتب (الاكساب والاولادلان العتق فى حق المحل) يعنى المكاتب (بجهة الكتابة) واذا كان كذلك لايخرج الاكساب والاولادعن ملكه كمالوعتق بأداء بدل الكتابة وهذا لان الفسخ لايصح الابرضا المكاتب ولم يوجد منه صريحا فيقدر دلالة والدلالة انما تحقق اذا سلمت له الاكساب والاولاد فجعل العتق بجهة الكتابة لانه لايختلف لافى ذاته ولا باختلاف الجهات وجعل الاعتاق للتكفير لان المولى قصده وهو يختلف باختلاف الجهات نظرا للجانبين (أولان الفسخ ثبت ضرورة صحة الاعتاق) فلايظهر فى حق الاولاد والاكساب وقوله (وان اشترى أباه أوابنه) واضح

اذهو يحتمله الاانه تسلم له الاكساب والاولادلان العتق فى حق المحل بجهة الكتابة أولان الفسخ ضرورى لايظهر فى حق الولد والكسب (وان اشترى أباه أوابنه ينوى بالشراء الكفارة جاز عنها) وقال الشافعى لايجوز وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين والمسئلة تأتيك فى كتاب الايمان ان شاء الله وان أعتق نصف عبد مشترك وهو موسر

واعادته الى الحالة الاولى لان نقصان الرق بثبوت العتق بقدره وثبوته من وجه لايحتمل الزوال كثبوته من كل وجه وهذا ما يقال حق العتق كحقيقته وهذا هو الثابت فى المدبر وأم الولد لثبوت العتق فى حقهما بجهة لازمة فظهر ان الكتابة انما أوجبت فك الحجر فى المكاسب وذا لايمكن نقصانا فى الرق اذ المكاسب غير الرقبة وبه يعلم ان قوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقى عليه من كتابته شئ رواه أبو داود المراد به كامل فى العبودية والرق وانما يستبد المولى بفسخه لانه ببدل فانعقد لازما على المولى بخلاف الاذن فى التجارة لانه فك بلا بدل وعدم عتق المكاتب فى كل مملوك له حر لنقصان الملك فيه فلا يدخل الا بالنية لكن نقصان الملك لايستلزم نقصان الرق لان محل الملك أعم من محل الرق ألا يرى ان الملك يثبت فيما لايتصور ثبوت الرق فيه كالامتعة والحيوان غير الآدمى ففى العبد رق فى رقبته وملك يحاذيه فيها ويتعدى الى غيرها من منافعه واكسابه والكتابة أوجبت الفك فى حق ما يزيد على الرقبة وهو محل الملك لا الرق فنقص بها الملك لا الرق ولكن العتق انما يعتمد الرق لانه لودار مع الملك ثبت فى غير الآدمى أيضا فكان حينئذ كشرع السائبة ولا موجب لنقصانه فيبقى على ما كان عليه لعدم المزحزح (قوله الا أنه يسلم له الاكساب الخ) جواب عما قد يقال عتقه حيث وقع انما يقع شرعا بجهة الكتابة وان عين السيد جهة التكفير بدليل انه يسلم له الاكساب والاولاد فعلم انه بجهة الكتابة أجاب بوجهين الاول أن العتق فى المكاتب واحد والاعتاق من جانب المولى تختلف جهاته ففيما يرجع الى حق المكاتب جعل هذا ذلك العتق لكونه متحدا وفيما يرجع الى المولى جعل اعتاقا بجهة الكفارة لانه قصد ذلك وهو كالمرأة اذا وهبت الصداق للزوج قبل القبض ثم طلقها قبل الدخول لا يرجع عليها بشئ وجعل هبتها فى حق الزوج تحصيلا لمقصود الزوج عند الطلاق وفى حقها يجعل تمليكا بهبة مبتدأة وحقيقة الجامع بينهما اذا حصل عين المقصود فلا يبالى باختلاف السبب ففى مسئلة الزوج نفس حقه ليس الا براءة ذمته عن نصف الصداق وقد حصل فلا يبالى بكونه عن سبب آخر غير الطلاق وكذلك هنا عين حق المكاتب ليس الا عتقه عند الاداء وقد حصل عينه الثانى انفساخ الكتابة ضرورى اذ هو ضرورة تصحيح عتقه عن الكفارة لانه تصرف من عاقل مسلم فيما فيه مانع يحتمل الفسخ والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فيظهر فى حق جواز التحرير للتكفير لا فى حق الاكساب والاولاد لانه لا دلالة على الرضا فيهما فيعتق فى حقهما مكاتبا فتسلم له ولا يلزم من كونه عتق مكاتبا كون عتقه بجهة الكتابة والاتقرر بدل الكتابة اذ تسليم المبدل يوجب تقرر البدل (قوله وان اشترى أباه أوابنه ينوى بالشراء الكفارة جاز عنها) هذا فى الشراء أما لو ورث أحدهما فنوى الكفارة فقد قدمناه ولو وهب له أو أوصى له صح الحاصل انه اذا دخل فى ملكه بصنع منه ان نوى عند صنعه أن يكون عتقه عن الكفارة أجزأه والا فلا ولو قال ان دخلت الدار فأنت حر ونوى كون العتق وقت دخوله عن الكفارة لايجوز

(قوله وهذا لان الفسخ لايصح الا برضا المكاتب الخ) أقول فصار لهذا العتق سببان اعتاق مقيد من المولى وعقد الكتابة وحق العبد فى ان لا يبطل ما ثبت بهذا العقد وقد حصل حكم العلة وهو العتق وهو غير متجزئ فيضاف الى كل واحد من السببين كملا كأن ليس معه غيره كواحد قتل جماعة فانه يقتل بهم ويصير كل واحد مستوفيا حقه بصفة الكمال (قوله فجعل العتق بجهة الكتابة لانه لايختلف) أقول ضمير لانه راجع الى العتق (قوله وجعل الاعتاق للتكفير) أقول كيف يجعل عتقه بجهة الكتابة وهو معلق باداء البدل والمفروض انه لم يؤد شيأ والتعويل عندى على الجواب الثانى ومحصوله الفرق بين عتقه وهو مكاتب وعتقه بجهة الكتابة والثابت هنا هو الاول فانهما لم تنفسخ فى حق الاولاد والاكساب وعليك بمراجعة سائر الشروح تزدك بصيرة فيما قلنا (قوله وهو يختلف باختلاف الجهات نظرا للجانبين) أقول قوله هو راجع الى الاعتاق وقوله نظرا تعليل لقوله وجعل الاعتاق ولقوله فجعل العتق الخ

وقوله (بخلاف ماإذا كان المعتق معسرا) يعني أنه لايجوز عن الكفارة بالاتفاق فان قيل يجب أن يقع عن الكفارة عندهما وان كان المعتق معسرا لانه يصير حرا مديونا بناء على أن الاعتاق عندهما لايتجزأ أجيب بانه انما لم يجز لان وجوب هذا الدين بسبب الاعتاق فلا يكون العتق مجانا فلا يقع عن الكفارة (ولابي حنيفة أن نصيب صاحبه ينتقص على ملكه) لتعذر استدامة الملك فيه (ثم يتحول اليه بالضمان) مابقي منه فكان في المعنى اعتاق عبد الاشيأ ومثله يمنع الكفارة فان قيل المضمونات تملك باداء الضمان بصفة الاستناد الى زمان وجود السبب فصار نصيب الساكت ملك المعتق زمان الاعتاق وكان النقصان في ملكه لافي ملك شريكه ومثله لايمنع الكفارة على ماذكره فيما يليه أجيب بأن الملك في المضمون يثبت بصفة الاستناد في حق الضامن والمضمون له لافي حق غيرهما على ماعرف في كتاب الغصب من الزيادات والكفارة غيرهما فلا يثبت الملك في حقها مستندا ويلزم النقصان المانع (فان أعتق نصف عبده عن كفارته ثم أعتق باقيه جاز لانه أعتقه بكلامين) فلا محظور فيه فان قيل قد تمكن فيه النقصان أيضا والنقصان مانع أجاب بقوله والنقصان متمكن على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة فانه أعتق النصف وبعض النصف الآخر ثم أعتق مابقي ومثله غير مانع كمن أضجع شاة للاضحية فاصاب السكين عينها فان النقصان لما حصل بفعل التضحية لم يمنع فكذلك النقصان الحاصل بفعل الكفارة بخلاف ماتقدم لان النقصان تمكن على ملك الشريك حيث لايمكن أن يجعل النقصان الحاصل في النصف الباقي مصروفا الى الكفارة بالضمان لانعدام الملك له في ذلك النصف فبطل قدر النقصان ولم يقع عن الكفارة فاذا ضمن قيمة النصف الباقي وأعتقه فقد صرفه الى الكفارة وهو ناقص وصار في الحاصل كأنه أعتق عبدا الاقدر النقصان وقوله (وهذا) أي جعله اعتاقا بكلامين (على أصل أبي حنيفة) في تجزي الاعتاق (أما عندهما فالاعتاق لايتجزأ فاعتاق النصف اعتاق للكل فلا يكون اعتاقا بكلامين) وعلى هذا مبنى المسئلة التي تليها وهي

وضمن قيمة باقيه لم يجز عند أبي حنيفة ويجوز عندهما لانه يملك نصيب صاحبه بالضمان فصار معتقا كل العبد عن الكفارة وهو ملكه بخلاف ماإذا كان المعتق معسرا لانه وجب عليه السعاية في نصيب الشريك فيكون اعتاقا بعوض ولابي حنيفة ان نصيب صاحبه ينتقص على ملكه ثم يتحول اليه بالضمان ومثله يمنع الكفارة (فان أعتق نصف عبده عن كفارته ثم أعتق باقيه عنها جاز) لانه أعتقه بكلامين والنقصان متمكن على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة ومثله غير مانع كمن أضجع شاة للاضحية فأصاب السكين عينها بخلاف ماتقدم لان النقصان تمكن على ملك الشريك وهذا على أصل أبي حنيفة أما عندهما فالاعتاق لايتجزأ فاعتاق النصف اعتاق الكل فلا يكون اعتاقا بكلامين (وان أعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التي ظاهر منها ثم أعتق باقيه لم يجز عند أبي حنيفة) لان الاعتاق يتجزأ عنده وشرط الاعتاق أن يكون قبل المسيس بالنص

ولو نواه وقت اليمين جاز (قوله وضمن قيمة باقيه) يعني أعتق ذلك الباقي أيضا (لم يجز عند أبي حنيفة وعندهما يجوز) بناء على تجزئ الاعتاق وعدمه عندهما لايتجزأ فاعتاق نصفه اعتاق كله غير أن المعتق ان كان موسرا ضمن نصيب شريكه ويملكه فصار معتقا كله عن الكفارة وهو ملكه ولا سعاية على العبد حتى يكون اعتاقا بعوض ولو كان المعتق معسرا لايجوز بالاتفاق لان على العبد السعاية عندهما فيكون عتقا ببدل وان لم يكن ذلك البدل حاصلا للمعتق بل هو للشريك المقصود انه لزم العبد بدل في مقابلة تحرير رقبته وعنده يتجزأ فانما أعتق نصيبه في الابتداء ونصف الرقبة ليس رقبة وقد تمكن النقصان في الرق في النصف الآخر لتعذر استدامة الرق فيه فصار كام الولد بل أشد لان عتقها متعلق بالموت بخلاف هذا وهذا النقصان وقع في ملك شريكه ثم بالضمان ملكه ناقصا ومثله يمنع التكفير كالتدبير فصار كأنه أعتق عبدا الاشيأ منه بخلاف المسئلة التي بعد هذه فانه أعتق نصفه ثم نصفه بعد كون الكل على ملكه فتمكن النقصان على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة فيجوز كمن أضجع شاة ليذبحها أضحية فأصابت السكين عينها فاعورت فان قيل الملك في المضمون يثبت مستندا الى وقت وجود السبب وبه يظهر أن نصيب الساكت ملك للمعتق زمان الاعتاق وهو اذذاك لانقصان فيه قلنا الملك انما يثبت مستندا في حق الضامن والمضمون له لافي حق غيرهما فيتمكن النقصان في نصيب الساكت في حق غيرهما والكفارة غيرهما فلم تجز ولايخفى ان التعيب ضرورة اقامة المأمور به ليس كالتعييب بصنعه مختارا حتى انه لو فقأ عين الشاة مختارا عند الذبح نقول لايجزيه فكان المشترك أولى بالاجزاء من العبد المختص لان مالك النصف لايقدر على عتقه الابطريق عتق نصفه فحاله أشبه بذابح الشاة من الكه على الكمال وجوابه ان المعنى انه حصل بسبب اقامة الواجب وهذا القدر كاف في عدم مانعيته لايتوقف على كونه بحيث لايمكن اقامة الواجب الا كذلك فان الشارع لما أطلق له العتق بمرة وبمرات كان لازمه انه اذا حصل النقص بسببه مطلقا لايمنع وعن هذا بحث بعضهم انه يجب الاجزاء في الصورتين فان النقص في الاول أيضا حصل بسبب العتق كالثاني والعمد وعدمه سواء لانه نقصان حكمي فيستوي فيه العمد والخطأ ولان الملك

ظاهرة الا أنه اعترض على قوله واعتاق النصف حصل بعده بان أى اعتاق وجد بعد هذا وان كان كاملا فهو اعتاق بعد المسيس فينبغى أن لا يجوز عن الكفارة وأجيب بانه انما يجوز لانه اعتاق رقبة كاملة قبل المسيس الثانى فصار اعتاق نصف العبد كان لم يكن وكانه قد جامع قبل الكفارة فيجب أن لا يعاود حتى يكفر وقد تقدم ذلك قال (واذا لم يجد المظاهر ما يعتق) (٢٣٩) اذا لم يجد المظاهر رقبة ولا ثمنها يصوم شهرين متتابعين فان صام بالاهلة جاز وان كان كل شهر تسعة وعشرين يوما وان صام لغير الاهلة فأفطر لتمام تسعة وخمسين يوما فعليه ان يستقبل وكذا ان أدخل في صيامه شهر رمضان أو يوم الفطر أو يوم النحر أو أيام التشريق لما ذكره في الكتاب وهو واضح (فان جامع التى ظاهر منها فى خلال الشهرين ليلا عامدا أو نهارا ناسيا استأنف الصوم عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يستأنف) وانما قيده بالتى ظاهر منها لانه اذا جامع غيرها فان كان وطأ يفسد الصوم كالجماع بالنهار عامدا قطع التتابع فيلزمه الاستئناف بالاتفاق وان لم يفسده بان وطئها بالنهار ناسيا أو بالليل كيفما كان لم يقطع التتابع فلا يلزمه الاستئناف بالاتفاق وانما قيد فى جماع التى ظاهر منها بالنهار ناسيا لانه اذا جامعها فيه عامدا يستأنف بالاتفاق وأما ذكر العمد فيه فى الليل فقد وقع اتفاقا لان العمد والنسيان فى الوطء بالليل سواء فعرف ان الاختلاف فى وطء لا يفسد الصوم لابى يوسف ان هذا وطء لا يفسد به الصوم فلا يقطع التتابع لانه لم يزل صائما وهو الشرط أى التتابع هو الشرط فى كون الصوم كفارة وقد وجد فان قيل تقديم الصوم على المسيس شرط ولم يوجد أجاب بقوله وان كان تقديمه على المسيس شرطا ففيما ذهبنا اليه تقديم البعض وفيما قلتم يعنى الاستئناف تأخير الكل عنه وتأخير البعض أهون من تأخير الكل

واعتاق النصف حصل بعده وعندهما اعتاق النصف اعتاق الكل فحصل الكل قبل المسيس (واذا لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا أيام التشريق) أما التتابع فلانه منصوص عليه وشهر رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه من ابطال ما أوجبه الله والصوم فى هذه الايام منهى عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل (فان جامع التى ظاهر منها فى خلال الشهرين ليلا عامدا أو نهارا ناسيا استأنف الصوم عند أبى حنيفة ومحمد) وقال أبو يوسف لا يستأنف لانه لا يمنع التتابع اذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط وان كان تقديمه على المسيس شرطا ففيما ذهبنا اليه تقديم البعض وفيما قلتم تأخير الكل عنه

بالضمان يستند فيظهر ملكه فى الكل عند اعتاق النصف فيكون كالصورة الثانية وأجاب عن قولهم انما يستند فى حق الضامن والمضمون له دون الكفارة بان النقص لما كان حكميا فسواء وجد فى ملكه بين اعتاق نصفه واعتاق باقيه أو فى ملك غيره بين الاعتاقين لانه لو كان ينافى كمال الرقبة تمنع مطلقا وجوابه ان منافاة الكمال لا تستلزم منافاة الاجزاء الا اذا كان فى غير ملكه لانه أهدر لحصوله بسبب اقامة الواجب غير انه اذا وقع فى ملك غيره وضمنه كان مشتريا بالناقص رقا معنى فعتقه عن الكفارة بخلاف ما اذا وقع فى ملكه حيث يتحقق فيه الاهدار دون الشراء معنى لناقص الرق ثم اعتاقه فحيث أهدر كان كانه أعتق نصفه وبعض النصف الآخر ثم أعتق باقيه بخلاف الاول لا يمكن جعل النقصان فى ذلك النصف مضافا الى الكفارة لعدم ملكه لذلك النصف فبطل قدر النقصان اذا كان فى ملك غيره فلم يقع عن الكفارة (قوله واعتاق النصف حصل بعده) فان قيل كل اعتاق بعد هذا وان كان اعتاق عبد كامل فهو بعد المسيس فلو كان وقوعه بعد المسيس مانعا من الاجزاء عن الكفارة لم يجز عتق رقبة كاملة بعده أيضا قلنا انما يجوز لانه اعتاق رقبة كاملة قبل المسيس الثانى وبطل اعتاق ذلك النصف لان الشرط للحل مطلقا اعتاق كل الرقبة قبل المسيس ولم يوجد فتقرر الاثم بذلك المسيس ثم لم يكن اعتبار ذلك النصف من الشرط حتى يكفى معه عتق النصف لان المجموع حينئذ ليس قبل المسيس فليس هو الشرط فتبقى الحرمة بعد المجموع كما كانت الى أن يوجد الشرط وهو عتق مجموع بجميع رقبة (قوله واذا لم يجد المظاهر ما يعتق الخ) فى الخزانة لا يصوم من له خادم بخلاف المسكن وقال الشافعى والليث يجوز الصوم مع وجود الخادم واعتبراه بالماء المعد للعطش والفرق عندنا ان الماء مأمور بامساكه لعطشه واستعماله محظور عليه بخلاف الخادم كذا ذكره الرازى فى أحكام القرآن ويرد عليه المسكن وجوابه انه بمنزلة لباسه ولباس أهله بخلاف الخادم وفى الاسبيجابى يعتبر الاعسار واليسار وقت التكفير أى الاداء وبه قال مالك وقال أحمد والظاهرية وقت الوجوب وللشافعى أقوال كالقولين وثالثها يعتبر أغلظ الحالين (قوله فكفارته صوم شهرين) ان صامهما بالاهلة أجزأه وان كانا ثمانية وخمسين يوما وان صامهما بغيرها فلا بد من ستين يوما حتى لو أفطر صبيحة تسعة وخمسين وجب عليه الاستئناف (قوله فان جامع التى ظاهر منها) كونها المظاهر منها قيد فى لزوم الاستقبال على قول أبى حنيفة رضى الله عنه فانه لو جامع زوجته الاخرى ناسيا لا يستأنف عنده أيضا كما لو أكل ناسيا الا ان حرمة الاكل والجماع للصوم لئلا ينقطع التتابع ولا ينقطع بالنسيان بالنص

(قوله بان أى اعتاق الى قوله فهو اعتاق الخ) أقول قوله أى اعتاق اسم ان وقوله فهو اعتاق خبر ان

(ولهما ان الشرط فى الصوم أن يكون قبل المسيس وان يكون خاليا عن المسيس ضرورة بالنص) وهذا يحتمل وجهين أحدهما أن يكون معناه ان النص يقتضى شرطين كون الصوم قبل المسيس وكون الصوم خاليا عن المسيس والشرط الثانى من ضرورة الاول لان تقديمه على المسيس يستلزم خلو الصوم عنه (وهذا الشرط) أى الشرط الثانى وهو الخلو عنه (ينعدم به) أى بالمسيس فينعدم المشروط و يجب الاستئناف لانه ان عجز عن الاتيان قبل المسيس فهو قادر على الاتيان به خاليا عن المسيس والى هذا يشير كلام عامة الشارحين والثانى أن يقال قوله وان يكون خاليا عنه ضرورة تفسير الاول بطريق العطف لان ايقاعه قبل المسيس اخلاؤه عنه بالضرورة و بتخلل الجماع عدم الشرط وصار الصوم كان لم يكن وقد جامع التى ظاهر منها قبل الكفارة والحكم فى ذلك الاستغفار وترك العود الى الكفارة فيلزمه الاستئناف وهذا أولى لاشتماله على الجواب عن قوله وان كان تقديمه على المسيس شرطا الخ والجواب عن قوله انه لا يفسد به الصوم فلا يقطع التتابع ان عدم الفساد فى النسيان ثبت بالنص على خلاف القياس فلا يتعدى الى قطع التتابع وفى العمد لعدم القائل بالفصل (وان أفطر يوما منها بعذر) كسفر أو مرض (أو بغير عذر استأنف لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة) وهذا احتراز عما اذا أفطرت المرأة فى كفارة القتل أو الافطار بعذر الحيض فانها لا تستأنف لانها معذورة عادة اذ لا تجد شهرين متتابعين لا حيض فيهما ولو صام المظاهر شهرين متتابعين ثم قدر على الاعتاق فى آخر يوم من الشهرين فان كان قبل غروب الشمس وجب عليه العتق وصار صومه تطوعا لاقتداره على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل وان كان بعد الغروب كان الصوم عن كفارته قوله (وان ظاهر العبد) ظاهر

ولهما ان الشرط فى الصوم أن يكون قبل المسيس وأن يكون خاليا عنه ضرورة بالنص وهذا الشرط ينعدم به فيستأنف (وان أفطر منها يوما بعذر أو بغير عذر استأنف) لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة (وان ظاهر العبد لم يجز فى الكفارة الا الصوم) لانه لا ملك له فلم يكن من أهل التكفير بالمال (وان أعتق المولى أو أطعم عنه لم يجزه) لانه ليس من أهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه (واذا لم يستطع المظاهر الصيام اطعم ستين مسكينا) لقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا (و يطعم كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير

فلا يوجب الاستقبال بخلاف حرمة جماع التى ظاهر منها فانه ليس للصوم بل لوقوعه قبل الكفارة وتقدمها على المسيس شرط حلها فالجماع ناسيا فى أثنائه يبطل حكم الصوم المتقدم فى حق الكفارة على وزان ماقلنا فى الجماع بعد عتق نصف العبد لصدق كون المجموع قبل التماس وكون السبب النسيان لا أثر له فى نفى هذا الواقع وعدم افساد الصوم بالنص على خلاف القياس وتقييده ليلا بكونه عامدا ليس بقيد بل جماعها ليلا عامدا أو ناسيا سواء لان الخلاف فى وطء لا يفسد الصوم (قوله وان أفطر يوما منها بعذر كمرض أو سفر لزم الاستقبال) بخلاف ما لو أفطرت المرأة للحيض فى كفارة القتل أو الفطر فى رمضان حيث لا تستأنف وتصل قضاءها بعد الحيض ولو أفطرت يوما قبل القضاء لزمها الاستئناف لانها لا تجد شهرين ليس فيهما أيام الحيض عادة و وجود شهرين ليس فيهما أيام المرض والسفر ثابت عادة كشهرين ليس فيهما انفاسها فلذا لو نفست فى صوم كفارة الفطر والقتل استقبلت كما لو حاضت فى خلال صوم كفارة اليمين فانها تستقبل لانها تجد ثلاثة أيام لا حيض فيها (قوله لانه ليس من أهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه) أوقعه تعليلا لقوله وان أطعم المولى عنه أو أعتق فأفاد ان معناه انه ملكه وأمره أن يعتق أو يطعم ليكون هو المكفر اذ لا بد من الاختيار

(قوله قبل المسيس) أقول أى جنسه (قوله خاليا عن المسيس) أقول أى جنسه (قوله والشرط الثانى من ضرورة الاول الى قوله فينعدم المشروط) أقول كون الثانى من ضرورة الاول لا يقتضى أن لا يوجد الثانى بدونه كما فى اللازم العام (قوله و يجب الاستئناف لانه ان عجز عن الاتيان به الخ) أقول وفيه انه على هذا التقرير لا يوجد أحد شرطى الكفارة فينتفى المشروط أيضا (قوله لان ايقاعه قبل المسيس اخلاؤه الخ) أقول ان أراد اتحادهما ذاتا فليس كذلك لعموم الاخلاء وان أراد الاستلزام فلا يفيده وعندى ان الاخلاء من ضرورة التقديم وان المراد بالمسيس ما يطلب حله لا جنس المسيس ثم لما بدأ المظاهر بالتكفير علم انه طلب أن يقع كل مسيسه بعده مباحا فالذى وقع فى خلاله كان مطلوب الحل بحسب ظاهر حاله من البداءة بالتكفير فلم يخل عنه ولم يوجد الشرط واذا استأنف وأخلى عنه يوجد الشرط بالنسبة الى ما بعده من المسيس المطلوب حله فليتأمل (قوله وترك العود الى الكفارة) أقول قوله الى الكفارة متعلق بقوله ترك العود (قوله والجواب عن قوله انه الى قوله فلا يتعدى الى قطع التتابع) أقول لا يقال صحة هذا الكلام تستلزم أن ينقطع التتابع اذا وطئ غير المظاهر منها بالنهار ناسيا أو بالليل كيفما كان وقد صرح بخلافه آنفا لان هذا الكلام وارد سندا لمنع استلزام عدم فساد الصوم انتفاء قطع التتابع فلا يصح أن يقال لو صح اذ حاصله لم لا يجوز أن يكون من المواضع التى يقتصر فيها النص على مورده لوروده على خلاف القياس فليتأمل

وقوله (أوقيمة ذلك) أى من غير الاعداد المنصوصة مطلقا وأما فى الاعداد المنصوصة فلا يجوز أداؤها قيمة اذا كانت أقل قدرا مما قدره الشرع وان كانت أكثر من الآخر أو مثله قيمة حتى لو أدى نصف صاع من تمر جيد تبلغ قيمته نصف صاع من حنطة لا يجوز وكذا لو أدى أقل من نصف صاع حنطة تبلغ قيمته صاعا من تمر أو شعير لا يجوز اذ الاصل فيه ان كل جنس هو منصوص عليه من الطعام لا يكون بدلا عن جنس آخر هو منصوص عليه وان كان فى القيمة أكثر لانه لا اعتبار لمعنى

النص فى المنصوص عليه وانما الاعتبار له فى غيره وقوله (فى حديث أوس ابن الصامت) هو أخو عبادة بن الصامت وأوس هو زوج خولة بنت ثعلبة وهى المجادلة التى نزلت فيها آية الظهار وقد تقدم وأما سهل بن صخر فقد قيل فيه نظر لان المذكور فى كتب الحديث سلمة بن صخر وكذا فى المبسوط وذكر فى المغرب سلمة بن صخر البياضى وما ذكره المصنف موافق لما أورده الامام المستغفرى فى معرفة الصحابة قال سهيل بن صخر الليثى وقوله (فيعتبر بصدقة الفطر) يعنى فى المقدار ولكن بينهما فرق من وجه آخر وهو ان التفريق ههنا بان يعطى فقيرا منا من حنطة ومنا آخر فقيرا آخر لا يجوز لان الواجب اطعام ستين مسكينا فكان العدد معتبرا كالمقدار ومتى فرق لم يوجد الاطعام المعتاد للمساكين وأما فى صدقة الفطر فالمعتبر فيها القدر دون العدد لكونه مسكوتا عنه فيكون التفريق جائزا وقوله (أوقيمة ذلك) ظاهر

أوقيمة ذلك) لقوله عليه السلام فى حديث أوس بن الصامت وسهل بن صخر لكل مسكين نصف صاع من بر ولان المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر بصدقة الفطر وقوله أوقيمة ذلك مذهبنا وقد ذكرناه فى الزكاة (فان أعطى منا من بر ومنوين من تمر أو شعير جاز)

الاختيار فى أداء ما كلف به أو معناه ان العبد أمره ففعل ذلك فانه يتضمن تمليكه ثم اعتاقه عنه واطعامه واعلم ان للسيد أن يمنع عبده من صوم الكفارات الا كفارة الظهار لانها تتعلق بها حق الزوجة (قوله واذا لم يستطع الصيام) أى لمرض لا يرجى زواله أو كبر (قوله أوقيمة ذلك) أى من غير ما نص عليه فلو دفع منصوصا عن منصوص آخر بطريق القيمة لم يجز الا أن يبلغ المدفوع الكمية المقدرة منه شرعا مثاله دفع نصف صاع تمر تبلغ قيمته نصف صاع بر أو صاعا من البر أو أقل من نصف صاع بر عن صاع تمر وقيمته تبلغه لم يجز فلو كان التمر صاعا دفعه عن نصف صاع بر جاز وهذا لان الاعتبار فى المنصوص عليه لعين النص لا لمعناه ولو جاز ذلك فى الاعتبار لزم ابطال التقدير المنصوص عليه فى كل صنف وهو باطل ثم اذا فعله فالواجب عليه أن يتم للذين أعطاهم القدر المقدر من ذلك الجنس الذى دفعه لهم فان لم يجدهم باعيانهم استأنف فى غيرهم لا يقال لو كسا عشرة مساكين فى كفارة اليمين ثوبا واحدا عن الاطعام جاز عنه اذا كانت قيمة نصيب كل منهم قدر قيمة الاطعام مع ان كلا منهما منصوص عليه قلنا المنصوص عليه الكسوة لا الثوب غير انها لا تتحقق الا بالثوب فلما لم يصب كلا ثوب لم يكن فاعلا لهذه الخصلة المنصوصة أعنى الكسوة أصلا لانه فاعل لها بطريق القيمة عن منصوص آخر اذ لا كسوة الا بثوب يصير به مكتسيا فيكون فاعلا غير المنصوص بطريق القيمة عن المنصوص (قوله فى حديث أوس بن الصامت وسهل بن صخر) وصوابه سلمة بن صخر والحديث غريب عنهما وعند الطبرانى فى حديث أوس بن الصامت قال فأطعم ستين مسكينا ثلاثين صاعا قال لا أملك ذلك الا أن تعينى فأعانه النبى صلى الله عليه وسلم بخمسة عشر صاعا وأعانه الناس حتى بلغ انتهى ومقتضاه انه كان برا لان التمر والشعير يجزى منه صاع وقدمنا عن أبى داود من طريق ابن اسحق عن معمر بن عبد الله ابن حنظلة عن يوسف بن عبد الله بن سلام فى حديث أوس بن الصامت قال صلى الله عليه وسلم فانى سأعينه بعرق من تمر قالت امرأته يارسول الله وأنا أعينه بعرق آخر قال أحسنت قال فيه والعرق ستون صاعا وأخرج عنه أيضا الحديث بهذا الاسناد الا انه قال والعرق مكتل يسع ثلاثين صاعا وهذا أصح لانه لو كان ستين لم يحتج الى معاونتها أيضا بعرق آخر فى الكفارة وأخرج أبو داود عن أبى سلمة ابن عبد الرحمن قال العرق زنبيل يأخذ خمسة عشر صاعا وهذه معارضة فى انه كان المخرج تمرا أو برا والله تعالى أعلم وأما الذى فى حديث سلمة بن صخر البياضى قال فأطعم وسقا من تمر بين ستين مسكينا قال والذى بعثك بالحق لقد بتنا وحشين ما أملك لنا طعاما قال فانطلق الى صاحب صدقة بنى زريق فليدفعها اليك فاطعم ستين مسكينا وسقا من تمر وكل أنت وعيالك بقيتها الحديث أخرجه أحمد وأبو داود ويكفى ما أثبتناه فى صدقة الفطر من ان الواجب من البر نصف صاع اذ لا قائل بالفرق فى كمية المخرج

(قوله أى من غير الاعداد) أقول مراده المعدودات (قوله فلا يجوز أداؤها قيمة اذا كانت أقل قدرا) أقول وأما اذا كانت أكثر أو مساوية فيجوز كما يجىء نظيره (قوله تبلغ قيمته نصف صاع من حنطة لا يجوز) أقول قوله لا يجوز يعنى لا يجوز فى الاعداد المنصوصة (قوله لانه لا اعتبار لمعنى النص فى المنصوص عليه وانما الاعتبار له فى غيره) أقول ضمير له راجع الى المعنى وضمير غيره راجع الى المنصوص

وقوله (لحصول المقصود اذ الجنس متحد) يعني من حيث الاطعام وسد الجوعة لان المقصود من البر والتمر والشعير الاطعام فيجوز تكميل أحدهما بالآخر وأما اذا اختلف الجنس كما اذا أطعم خمسة مساكين في كفارة اليمين بطريق الاباحة وكسا خمسة مساكين والكسوة أرخص من الطعام لم يجزه لما أن المقصود بالكسوة غير المقصود بالاطعام ألا ترى ان الاباحة في أحدهما تجوز دون الآخر واستشكل بما اذا أعتق نصف رقبتين بان كان بينه وبين شريكه عبدان فأعتق نصيبه منهما عن الكفارة لايجوز عنها وان اتحد الجنس من حيث الاعتاق وأجيب بانه انما لايجوز لان نصف الرقبتين ليس برقبة كاملة والشركة في كل رقبة تمنع التكفير بها وقوله (وان أمر غيره أن يطعم عنه من ظهاره) ظاهر وقوله (فان غداهم وعشاهم) بكلمة الواو لا بأو لان التغدية وحدها أو التعشية وحدها لاتجزى قال في المبسوط المعتبر في التمكين أكلتان مشبعتان إما الغداء والعشاء وإما غداآن أو عشاآن لكل مسكين فان المعتبر حاجة اليوم وذلك بالغداء والعشاء وفي المجرد عن أبي حنيفة رحمه الله اذا غدى ستين وعشى ستين آخرين لايجوز وقوله (قليلا أكلوا أو كثيرا) يعني ان المعتبر هو الشبع لا المقدار وان كان أحدهم شبعان اختلف المشايخ فيه فمنهم من قال بجوازه لانه وجد إطعام العدد المعين وقد شبعوا ومنهم من قال لايجوز لان المأخوذ عليه اشباع الستين وهو ما أشبعهم وقوله (وقال الشافعي) متصل بقوله فان غداهم وعشاهم وهو لايجوز في الكفارة الا التمليك قياسا على الزكاة وصدقة الفطر (وهذا) أي عدم جواز الاباحة (لان التمليك ادفع للحاجة فلا ينوب منابه الاباحة ولنا ان المنصوص عليه هو الاطعام وهو حقيقة في التمكين من الطعم) لانه جعل الغير طاعما (وفي الاباحة ذلك) أي التمكين (كما في التمليك) فيتأدى الواجب بكل واحد منهما أما بالتمكين فلمراعاة عين النص واما بالتمليك فلاشتماله على المنصوص عليه لانه اذا ملك منه فاما أن يطعمه أو يصرفه الى حاجة فانه
أخرى فلذلك يقام التمليك مقام المنصوص عليه أما الواجب في الزكاة فهو الايتاء لقوله تعالى وآتوا الزكاة وفي صدقة الفطر الاداء لقوله عليه السلام أدوا عمن تمونون وهما للتمليك حقيقة

لحصول المقصود اذ الجنس متحد (وان أمر غيره أن يطعم عنه من ظهاره ففعل أجزأه) لانه استقراض معنى والفقير قابض له أولا ثم لنفسه فتحقق تملكه ثم تمليكه (فان غداهم وعشاهم جاز قليلا كان ما أكلوا أو كثيرا) وقال الشافعي لايجزئه الا التمليك اعتبارا بالزكاة وصدقة الفطر وهذا لان التمليك أدفع للحاجة فلا ينوب منابه الاباحة ولنا أن المنصوص عليه هو الاطعام وهو حقيقة في التمكين من الطعم وفي الاباحة ذلك كما في التمليك أما الواجب في الزكاة الايتاء وفي صدقة الفطر الاداء وهما للتمليك حقيقة

في الصدقات الواجبة (قوله لان الجنس متحد) وهو جنس هذه الكفارة وهو الاطعام بخلاف الكسوة مع الاطعام وبخلاف اعتاقه نصفي عبدين مشتركين بينه وبين غيره على قول أبي حنيفة فان الجنس وان كان متحدا لكن امتنع الاجزاء فيه لمانع آخر وهو ان المأمور به اعتاق رقبة ونصفا رقبتين ليسا رقبة بخلاف الاضحية فان الاشتراك فيها لايمنع الاضحية من حيث هو اشتراك لما علم من جواز الاشتراك في البدنة شرعا (قوله فان غداهم وعشاهم جاز) لان المعتبر أكلتان مشبعتان بخبز غير مأدوم ان كان خبز بر في سائر الكفارات ككفارة الظهار والافطار واليمين وجزاء الصيد والفدية سواء كانتا غداء وعشاء أو غداءين أو عشاءين بعد اتحاد الستين فلو غدى ستين وعشى آخرين لم يجز والمعتبر الاشباع عن أبي حنيفة في كفارة اليمين لو قدم بين يدي عشرة أربعة أرغفة أو ثلاثة فشبعوا أجزأهم وان لم يبلغ ذلك الا صاعا أو نصف صاع فان كان أحدهم شبعان اختلفوا قال بعضهم يجوز لانه وجد اطعام عشرة وقد شبعوا وقال بعضهم لايجوز لان المعتبر اشباعهم وهو لم يشبعهم بل أشبع التسعة (قوله وهو حقيقة في التمكين من الطعم) الطعم بالضم الطعام لايقال الاتفاق على جواز التمليك فلو كان الحقيقة ماذ كرتم كان لفظ الاطعام مشتركا معمما أو في حقيقته ومجازه لانا نقول بجواز التمليك عندنا بدلالة النص والدلالة لاتمنع العمل بالحقيقة كما في حرمة الضرب والشتم مع التأفيف كذا هذا فلما نص على دفع حاجة الاكل فالتمليك الذي هو سبب لدفع كل الحاجات التي من جملتها الاكل أجوز

(قوله وأما اذا اختلف الجنس الى قوله لم يجز الخ) أقول وأما اذا كان مثله قيمة أو أكثر فيجوز بطريق أداء القيمة قال المصنف (وان أمر غيره أن يطعم عنه من ظهاره ففعل أجزأه) أقول قال العلامة الزيلعي ثم في ظاهر الرواية ليس للمأمور أن يرجع على الآمر لانه يحتمل الهبة والقرض فلا يرجع بالشك وعن أبي يوسف أنه يرجع ويجعل قرضا لانه أدناهما ضررا اه وبهذا تبين ان تعليل المصنف للمسئلة بقوله لانه استقراض معنى ليس كما ينبغي لعدم انتهاضه على ظاهر الرواية والاولى أن يعلل بقوله لانه طلب التمليك منه معنى والفقير قابض له أولا ثم لنفسه فيتحقق تملكه ثم تمليكه كما لو وهب الدين من غير من عليه الدين وأمره بقبضه فليتأمل قال المصنف (وفي الاباحة ذلك كما في التمليك) أقول كان الظاهر ان يقول وذلك هو الاباحة فيستلزمه التمليك

وقوله (ولو كان فيمن عشاهم صبى) ظاهر وقوله (وهذا) اشارة الى قوله لم يجزه الاعن يومه يعنى اذا دفع لمسكين واحد فى يوم واحد ستين مرة بطريق الاباحة فلا خلاف لاحد فى عدم جوازه وأما اذا كان بطريق التمليك فقد اختلف المشايخ فيه فقال بعضهم لا يجوز لان المقصود سد الخلة ولهذا لا يجوز الصرف الى الغنى وعدما استوفى وظيفة اليوم لا حاجة له الى سد الخلة بصرف وظيفة أخرى اليه بخلاف كفارة أخرى لان المستوفى فى حكم ثلاث الكفارة كالمعدوم ولا يمكن أن يجعل مثله فى هذه الكفارة وقد ذكرناه فى التقرير بأتم من هذا (وقد قيل يجزيه لان الحاجة الى التمليك كثيرة تتجدد فى يوم واحد) فاذا فرق بدفعات فى يوم واحد جاز كما فى الايام بخلاف حاجة الاباحة بالاطعام فانه اذا استوفى حاجته فى يوم تنتهى حاجته الى الطعام ولا تتجدد الا بتجدد الايام و (بخلاف ما اذا دفع دفعة واحدة لان التفريق واجب بالنص) وهو قوله فاطعام ستين مسكينا ولم يوجد لا حقيقة ولا تقديرا فلا يجوز كالحاج اذا رمى الحصيات السبع دفعة واحدة

قال المصنف (ولو كان فيمن عشاهم الخ) أقول مسئلة كتاب الايمان ذكرها بسبيل التفريع وان لم تكن مذكورة فى الجامع الصغير ومختصر القدورى لكن كان ينبغى أن يقول فيمن غداهم وعشاهم أو يقول فيهم أو يقول لو كان أحدهم فطيما لان العشاء وحده لا يعتبر كذا فى شرح الاتقانى قال المصنف (وان أطعم مسكينا واحدا ستين يوما أجزأه وان أعطاه فى يوم واحد لم يجزه) أقول اختار فى الاولى لفظ الاطعام وفى الثانية لفظ الاعطاء ليعلم حال التمليك فى الاولى والاباحة فى الثانية بطريق الاولى قال المصنف (والحاجة تتجدد فى كل يوم) أقول يفهم منه تعليل المسئلة الثانية (قوله وقوله وهذا اشارة الى قوله لم يجزه الاعن يومه) أقول الاظهر

(ولو كان فيمن عشاهم صبى فطيم لا يجزئه) لانه لا يستوفى كاملا ولا بد من الادام فى خبز الشعير ليمكنه الاستيفاء الى الشبع وفى خبز الحنطة لا يشترط الادام (وان أطعم مسكينا واحدا ستين يوما أجزأه وان أعطاه فى يوم واحد لم يجزه الاعن يومه) لان المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد فى كل يوم فالدفع اليه فى اليوم الثانى كالدفع الى غيره وهذا فى الاباحة من غير خلاف وأما التمليك من مسكين واحد فى يوم واحد بدفعات فقد قيل لا يجزئه وقد قيل يجزئه لان الحاجة الى التمليك تتجدد فى يوم واحد بخلاف ما اذا دفع بدفعة واحدة لان التفريق واجب بالنص

فانه حينئذ دافع لحاجة الاكل وغيره (قوله وان أطعم مسكينا واحدا ستين يوما أجزأه) وقال مالك والشافعى وهو الصحيح من مذهب أحمد لا يجزيه وهو قول أكثر العلماء لانه تعالى نص على ستين مسكينا وبتكرر الحاجة فى مسكين واحد لا يصير هو ستين فكان التعليل بان المقصود سد خلة المحتاج الى آخر ما ذكر مبطلا لمقتضى النص فلا يجوز وأصحابنا أشد موافقة لهذا الاصل ولذا قالوا فى المسئلة الآتية عن قريب وهى ما اذا ملك مسكينا واحدا وظيفة ستين بدفعة واحدة لا يجوز لان التفريق واجب بالنص فيكون المدفوع كله عن وظيفة واحدة كما اذا رمى الجمرات السبع بمرة واحدة تحتسب عن رمية واحدة مع ان تفريق الدفع غير مصرح به وانما هو مدلول التزامى لعدد المساكين ستين فالنص على العدد أولى لانه المستلزم وغاية ما يعطيه كلامهم ان بتكرر الحاجة يتكرر المسكين حكما فكان تعددا حكما وتمامه موقوف على أن ستين مسكينا مرادبه الاعم من الستين حقيقة أو حكما ولا يخفى أنه مجاز فلا مصير اليه الا بموجب فان قلت المعنى الذى باعتباره يصير اللفظ مجازا أو يندرج فيه التعدد الحكمى ما هو قلت هو الحاجة بكون ستين مسكينا مجازا عن ستين حاجة وهو أعم من كونها حاجات ستين أو حاجات واحد اذا تحقق تكررها الا أن الظاهر انما هو عدد ومعدوده ذوات المساكين مع عقلية أن العدد مما يقصد لما فى تعميم الجميع من بركة الجماعة وشمول المنفعة واجتماع القلوب على المحبة والدعاء (قوله وهذا) أى عدم الاجزاء المدلول عليه بقوله لم يجزه الاعن يومه يعنى اذا دفع ستين مرة لواحد فى يوم بطريق الاباحة لا يجوز من غير خلاف لانه قبل تجدد الحاجة بتجدد اليوم الثانى فكان اطعام الطاعم

جعله اشارة الى مجموع ما ذكر من المسئلتين لئلا يلزم التفكك قال المصنف (فقد قيل لا يجزئه) أقول وذكر فى المحيط وهو الصحيح كذا فى النهاية واليه يشير قول المصنف وان أعطاه فى يوم واحد لان الاعطاء هو التمليك وفى التلويح ما يخالف ذلك لكن لا تعويل عليه قال المصنف (لان الحاجة الى التمليك تتجدد) أقول قال ابن الهمام وربما يشعر اقتصار المصنف بعد حكاية القولين على توجيه هذا القول باختياره الا ان الاول أحوط ونكتة جوابه منع كون التمليك لما أقيم مقام الاطعام اعتبر ذاته من حيث هو تمليك بل يجب اعتباره من حيث هو اطعام لانه لما أقيم مقام الشئ اعتبرت فيه أحكام ذلك الشئ اهـ ولك أن تقول اقتصاره على توجيه هذا القول لانفهام وجه القول الاول بحيث يتضمن جواب وجه الثانى عما قدمه تأمل قال المصنف (لان التفريق واجب بالنص) أقول ولك أن تقول العدد أيضا منصوص عليه فينبغى أن لا يجوز اطعام مسكين واحد ستين يوما ويمكن أن يجاب بان نسبة أمر الى المشتق تفيد علية المأخذ فعلم ان المقصود تعدد الحاجة وبه يتعدد المسكين الواحد حكما فليتأمل

قوله (وان قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام) واضح وقوله (والمنع لمعنى في غيره) يعني توهم القدرة على

(وان قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام لم يستأنف) لانه تعالى ما شرط في الاطعام أن يكون قبل المسيس الا أنه يمنع من المسيس قبله لانه ربما يقدر على الاعتاق أو الصوم فيقعان بعد المسيس والمنع لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية في نفسه (واذا أطعم عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا من بر لم يجزه الا عن واحد منهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يجزئه عنهما وان أطعم ذلك عن افطار وظهار أجزأه عنهما) له ان بالمؤدى وفاء بهما والمصروف اليه محل لهما فيقع عنهما كما لو اختلف السبب أو فرق في الدفع ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو وفي الجنسين معتبرة

أما لو كانت المرات تمليكات في اليوم الواحد اختلاف فيه قيل لا يجوز أيضا الا عن يومه ذلك وصححه في المحيط لان المجوز سد الخلة وقد اندفعت حاجة الطعم في ذلك اليوم بصرف ما يقوم مقامه فالصرف اليه بعده في يومه اطعام الطاعم فلا يجوز كما لو كان اطعاما حقيقة وكالدفع الى الغني بخلاف الدفع في كفارة أخرى ودفع غيره من كفارة مثلها الا ان المدفوع كالهالك بالنسبة اليهما فان قيل لو كسا مسكينا واحدا عشرة أثواب في عشرة أيام يجوز لتفرق الدفع مع عدم تجدد الحاجة الى الثوب بتجدد اليوم قلنا تجدد الحاجة الى الثوب يختلف باختلاف أحوال الناس ولا يمكن تعليق الحكم في الثوب بغير الحاجة اليه فأقيم مضي الزمان مقامها الا نهاية تتجدد وأدنى ذلك يوم لجنس الحاجات ومادونه ساعات لا يمكن ضبطها وقيل يجزئه لان التمليك لما أقيم مقام حقيقة الاطعام وفرغ من ذلك نظرا اليه من حيث إنه تمليك والحاجة بطريق التمليك ليس لها نهاية فكان المدفوع أولا هالكا بالنسبة الى المدفوع ثانيا كما هو هالك بالنسبة الى دافع آخر وكفارة أخرى وحينئذ فلا معنى لاشتراط زمان آخر لتجدد الحاجة اذ الحال قيامها وربما يشعر اقتصار المصنف بعد حكاية القولين على توجيه هذا القول باختياره الا أن الاول أحوط ونكتة جوابه منع كون التمليك لما أقيم مقام الاطعام اعتبر ذاته من حيث هو تمليك بل يجب اعتباره من حيث هو اطعام لانه لما أقيم مقام الشئ اعتبرت فيه أحكام ذلك الشئ وأما ما نعتقده فعدم جواز التمليك كالاطعام لواحد ولو في اليوم الثاني لما فيه من مصادمة النص بالمعنى مع أنه معنى معارض بمعنى آخر وهو ما ذكرناه (قوله وان قرب التي الخ) الحاصل أنه يجب تقديم الاطعام على المسيس فان قربها في خلاله لم يستأنف لانه تعالى ما شرط فيه أن يكون قبل المسيس ونحن لا نحمل المطلق على المقيد وان كانا في حادثة واحدة بعد أن يكونا في حكمين والوجوب لم يثبت الا لتوهم وقوع الكفارة بعد التماس بانه لو قدر على العتق أو الصيام في خلال الاطعام أو قبله لزمه التكفير بالمقدور عليه فلو جوز للعاجز عنهما القربان قبل الاطعام ثم اتفق قدرته فلزم التكفير به لزم أن يقع العتق بعد التماس والمفضي الى الممتنع ممتنع وفيه نظر فان القدرة حال قيام العجز بالفقر والمرض والكبر والمرض الذي لا يرجى زواله أمر موهوم وباعتبار الامور الموهومة لا تثبت الاحكام ابتداء بل يثبت الاستحباب فالاولى الاستدلال بما ذكرنا أول الفصل من النص ولا يعلل بما ذكر لمعنى في غيره (قوله لمعنى في غيره) هو توهم القدرة على العتق أو الصوم لا يعدم المشروعية فلم تنعدم مشروعية الكفارة بالاطعام بتخلل الوطء (قوله عن ظهارين) سواء كانا من امرأة أو امرأتين (قوله له الخ) حاصل الوجه أنه وجد المقتضي للوقوع عنهما فيقع وذلك لان المقتضي للاجزاء عنهما صرف الكمية التي تجزى عن كفارتين الى المحل مقرونا بنية كونه عما عليه والكل ثابت فيلزم حكمه وهو الاجزاء والجواب منع وجود المقتضي وانما يوجد لو كانت تلك النية معتبرة لكنها في الجنس الواحد لغو لانها انما اعتبرت لتمييز بعض الاجناس عن بعض لاختلاف الاغراض باختلاف الاجناس فلا يحتاج اليها في الجنس الواحد لان الاغراض لا تختلف باعتباره فلا تعتبر فبقي نية مطلق الظهار وبمجردها لا يلزم أكثر من واحد وكون

المدفوع

الاعتاق لا يعدم المشروعية في نفسه كالبيع وقت النداء والصلاة في الاوقات المكروهة قال (واذا أطعم عن ظهارين) واذا أطعم المظاهر عن ظهارين (ستين مسكينا كل مسكين صاعا من بر لم يجزه الا عن واحد منهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يجزئه عنهما وان أطعم ذلك عن افطار وظهار أجزأه عنهما) اتفاقا (له أن بالمؤدى وفاء بهما) اذ الواجب عن كل ظهار لكل مسكين نصف صاع من بر ففي الصاع وفاء بهما لا محالة (والمصروف اليه محل لهما) لان الفقير لا يخرج بأخذ أحد الحقين عن كونه مصرفا لبقاء الخلة والنية معينة (فيقع عنهما كما لو اختلف السبب) يعني أطعم ذلك عن افطار وظهار (أو فرق في الدفع ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو) لان النية للتمييز بين الاجناس المختلفة والفرض عدمها فلغت النية

قال المصنف (الا أنه يمنع من المسيس قبله) أقول فيه بحث قال المصنف (وقال محمد يجزئه عنهما) أقول قال الاتقاني وعندي قول محمد أقوى وبين وجه الترجيح فراجع شرحه قال المصنف (ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو) أقول لا نسلم ذلك فان من وجب عليه كفارتا ظهار فاعتق عنهما أو صام شهرين كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء كما يجيء بعد أسطر

واذا الغت النية والمؤدى يصلح كفارة واحدة لان نصف الصاع أدنى المقادير فيمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى أصل الكفارة بخلاف ما اذا فرق فى الدفع لانه فى الدفعة الثانية فى حكم مسكين آخر (ومن وجبت عليه كفارتا ظهار فأعتق رقبتين لا ينوى عن احداهما بعينها جاز عنهما وكذا اذا صام أربعة أشهر أو أطعم مائة وعشرين مكسينا جاز) لان الجنس متحد فلا حاجة الى نية معينة (وان أعتق عنهما رقبة واحدة أو صام شهرين كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء وان أعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما) وقال زفر لا يجزيه عن أحدهما فى الفصلين وقال الشافعى له أن يجعل ذلك عن أحدهما فى الفصلين لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد وجه قول زفر أنه أعتق عن كل ظهار نصف العبد وليس له أن يجعل عن أحدهما بعدما أعتق عنهما لخروج الامر من يده

المدفوع لكل مسكين أكثر من نصف صاع لا يستلزم ذلك لان نصف الصاع أدنى المقادير لا تمتنع الزيادة عليه بل النقصان بخلاف ما اذا فرق الدفع أو كانا جنسين وقد يقال اعتبارها للحاجة الى التمييز وهو محتاج اليه فى أشخاص الجنس الواحد كما فى الاجناس وقد ظهر أثر هذا الاعتبار فيما صرحوا به من انه لو أعتق عبدا عن أحد الظهارين بعينه صح نية التعيين ولم تلغ حتى حل وطء التى عينها ومن الصور ظن انه ظاهر منها اذا أعتق ثم تبين انه ظاهر من غيرها لا يجزيه ومنها نية كفارة عمرة لا يجزيه عن نية كفارة زينب فهنا أيضا يجب أن لا يلغو لثبوت الغرض الصحيح فى نية الظهارين وهو حلهما معا أجيب بما حاصله ادعاء ثبوت المانع هنا وهو عدم سعة المحل للكفارتين فان محلهما فى الاطعام مائة وعشرون مسكينا بخلاف صورة الاعتاق وهذا يصير أصل الجواب تسليم وجود المقتضى وادعاء المانع وهو رجوع وانقطاع عن الطريق الاول اذ قد ظهر صحة اعتبار النية فى الجنس الواحد ثم قد يقال عليه ان اعتبار الستين مائة وعشرين بالنظر الى كفارتين ليس بأبعد من اعتبار الواحد ستين فى كفارة واحدة باعتبار تجدد الحاجة والاتفاق على أن وظيفة الواحد مستهلكة بالنسبة الى كفارة أخرى فهو كمحتاج آخر بالنسبة اليها فادفع الامع قيام الحاجة بالنسبة الى كفارة أخرى (قوله وان أعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما) هذا اذا كانت الرقبة مؤمنة فان كانت كافرة صح عن الظهار لان الكافرة لا تصلح كفارة للقتل فتعينت للظهار (قوله فى الفصلين) هما صورتا اتحاد الجنس واختلافه (قوله لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود) وهو الستر واذهاب أثر تلك الجناية (جنس واحد) ولذا حمل المطلق منهما على المقيد فى الاخرى (قوله لخروج الامر من يده) فانه وقع نفلا اذ لا يصح اعتاق نصف رقبة عن كفارة وبذلك خرج من يده

(واذا الغت والمؤدى يصلح كفارة واحدة لان نصف الصاع أدنى المقادير والمقادير تمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى أصل الكفارة) فانه يقع عن احداهما بالاتفاق (بخلاف ما اذا فرق فى الدفع لانه فى الدفعة الثانية فى حكم مسكين آخر) وفيه بحث من وجهين أحدهما أن كل ظهار وجب لسبب على حدة وكانا بمنزلة جنسين مختلفين فينبغى أن يقع عنهما والثانى انه لو أعتق عبدا عن أحد الظهارين بعينه صح نية التعيين ولم تلغ وان كان الجنس واحدا ولهذا حل وطء التى عينها وأجيب عن الاول بان النية معتبرة فى الجنسين لا فيما كان بمنزلة الجنسين وهو جنس واحد وعن الثانى بان اعتاق الرقبة يصلح كفارة عن أحد الظهارين قدرا ومحلا فصحت نيته فأما اطعام ستين مسكينا كل مسكين صاعا فان صلح عن الظهارين قدرا لم يصلح لهما محلا لان محلهما مائة وعشرون مسكينا عند عدم التفريق فاذا زاد فى الوظيفة ونقص عن المحل وجب أن يعتبر قدر المحل احتياطا كما لو أعطى ثلاثين مسكينا كل واحد صاعا وقوله (ومن وجبت عليه كفارتا ظهار) ظاهر وقوله (كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء) جواب الاستحسان والقياس أن لا يجوزوه وقول زفر لخروج الامر من يده (وان أعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما وقال زفر لا يجزيه عن أحدهما فى الفصلين) يعنى فى متحد الجنس ومختلفه (وقال الشافعى له أن يجعل عن أيهما شاء فى الفصلين لان الكفارات باعتبار اتحاد المقصود) وهو الستر (جنس واحد) والنية فى الجنس الواحد غير مفيد فبقى نية أصل الكفارة ولو نوى أصل الكفارة كان له ان يجعل ذلك عن أيهما شاء فكذا هذا ووجه قول زفر انه أعتق عن كل ظهار نصف العبد فليس له ان يجعل عن أحدهما لخروج الامر من يده

قال المصنف (والمؤدى يصلح كفارة واحدة) أقول فيجب القول به نظرا للفقراء ولكن يخرج عن العهدة بيقين (قوله وفيه بحث من وجهين أحدهما ان كل ظهار وجب الخ) أقول الظاهر ان المضاف مقدر أى كل كفارة ظهار (قوله وأجيب عن الاول بان النية معتبرة فى الجنسين لا فيما كان بمنزلة الجنسين وهو جنس واحد) أقول فيه بحث فان لك أن تقول انهما جنسان لاختلاف السبب والخطاب كظهرين نعم قد يتحد السبب مع تعدد الكفارة كما اذا ظاهر من نسائه بلفظ واحد على ما تقدم قبيل الفصل ولا يمكن ذلك فى الظهرين فتأمل (قوله فأما اطعام ستين مسكينا الخ) أقول فيه بحث فانه لم لا يكفى التفرق الحكمى بنية التوزيع كما كفى التعدد الحكمى فيما اذا أطعم مسكينا واحدا ستين يوما فليتأمل

ولنا أن نية التعيين في الجنس المتحد لغو) قيل معناه نوى التوزيع في الجنس الواحد وكان لغوا وإذا لغت صار كأنه أعتق رقبة عن الظهارين ولم ينو عنهما وذلك جائز وله أن يصرفها إلى أيهما شاء فكذلك ههنا بخلاف ما إذا كانت الكفارتان من جنسين مختلفين لأنه نوى التوزيع في الجنس المختلف وكانت معتبرة فلا يكون عن واحد منهما فإن قيل لا نسلم اختلاف الجنس فإن الحكم وهو الكفارة بالإعتاق في القتل والظهار واحد أجاب بقوله (واختلاف الجنس في الحكم وهو

ولنا أن نية التعيين في الجنس المتحد غير مفيد فتلغو وفي الجنس المختلف مفيد واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة ههنا باختلاف السبب نظير الأول إذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد ونظير الثاني إذا كان عليه صوم القضاء والنذر فإنه لا بد فيه من التمييز والله أعلم

الكفارة ههنا باختلاف السبب) فإن القتل يخالف الظهار لا محالة واختلاف السبب يدل على اختلاف الحكم لأن الحكم ملزوم السبب واختلاف اللوازم يدل على اختلاف الملزومات ولما اختلف الجنس صحت النية فكان إعتاق رقبة واحدة عن كفارتين مختلفتين فيكون لكل منهما نصف الرقبة فلا يجوز ثم نظر المصنف لكل واحد من الجنسين المتحد والمختلف بما ذكره في الفوائد الظهيرية فقال (نظير الأول) يعني الجنس المتحد (إذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد) بناء على ما ذكرنا من إلغاء نية التوزيع وبقاء أصل النية إذ الجنس متحد (ونظير الثاني) يعني الجنس المختلف (إذا كان عليه صوم القضاء والنذر فإنه لا بد فيه من التمييز) فإن نوى من الليل أن يصوم غدا عنهما كانت النية معتبرة ولا يصير صائما إذا الجنس مختلف

إمكان أن يجعله عن أحدهما لأنه بعد ما وقع على وجه لا ينقلب إلى غيره (قوله فتلغو) وإذا لغت بقي نية مطلق الظهار فله أن يعين أيهما شاء كما لو أطلقها في الابتداء (قوله واختلاف الجنس الخ) لما اختلفت باختلاف الجنس واتحاده أجوبة المسائل أفاد ما به الاختلاف والاتحاد فما اختلف سببه فهو المختلف وما لا فالمتحد والصلوات كلها من قبيل المختلف حتى الظهرين من يومين لاختلاف السببين أعني الوقتين حقيقة وحكما أما حقيقة فظاهر وكذا حكما لأن الخطاب لم يتعلق بوقت يجمعهما بل بالدلوك وهو من يوم غيره من آخر بخلاف صوم رمضان لأنه معلق بشهود الشهر وهو واحد جامع للأيام كلها بلياليها فكل يوم وإن كان سببا لصومه فكذا شهود الشهر فاجتمع في وجوب صوم كل يوم سببان شهود الشهر وخصوص اليوم فباعتبار أحد السببين لا يحتاج في نية قضائه إلى تعيين يوم السبت مثلا أو يوم الأحد وشرط في الصلوات فإن تعذر عليه معرفة يومي الظهرين ينوي أول ظهر عليه أو آخر ظهر عليه إن لم يكن ساقط الترتيب وقد أسلفناه في باب شروط الصلاة وكذا شرط التعيين في اليومين من رمضانين فينوي صوما على من الرمضان الأول أو الثاني لاختلاف السبب مطلقا لعدم تعلق الخطاب بصومهما بزمان يجمعهما ولو نوى ظهرا وعصرا أو ظهرا وصلاة الجنازة لم يكن شارعا في شيء منهما للتنافي وعدم الرجحان بخلاف ما لو نوى ظهرا ونفلا حيث يقع عن الظهر عند أبي يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة ترجيحا بالأقوى ولا يصير شارعا عند محمد أصلا للتنافي ولو نوى صوم القضاء والنفل أو الزكاة والتطوع أو الحج المنذور والتطوع يكون تطوعا عند محمد لأن النيتين لما بطلتا بالتعارض بقي مطلق النية وبها يصح النفل وعند أبي يوسف يقع عن الأقوى لأن نية التطوع غير محتاج إليها فلغت فبقي نية القضاء ولو نوى حجة الإسلام والتطوع فهو عن حجة الإسلام اتفاقا عند أبي يوسف لما ذكرنا وعند محمد لأنه لما بطلت الجهتان بالتعارض بقي مطلق النية وبه تتأدى حجة الإسلام والله أعلم ولو نوى القضاء وكفارة الظهار كان عن القضاء استحسانا وفي القياس يكون تطوعا وهو قول محمد لتدافع النيتين فصار كأنه صام مطلقا وجه الاستحسان أن القضاء أقوى لأنه حق الله تعالى على الخلوص وكفارة الظهار لاستيفاء حق له فيترجح القضاء وعن محمد فيمن نذر صوم يوم بعينه فنواه وكفارة اليمين أنه عن النذر لأنه نفل في أصله وقدمنا هذا في كتاب الصوم وذكرنا إلزام محمد شروعه في النفل في صورة نية الظهر والنفل فارجع إليه فلكن هذا رواية عنه فيه هذا ومما يعكر على الأصل الممهد ما عن أبي يوسف في المنتقى لو تصدق عن يمين وظهار فله أن يجعله عن أحدهما استحسانا والله الموفق

باب

واعترض على هذا بما إذا نوى عن قضاء ظهرين عليه فإن الجنس متحد وتعيين النية لا بد منه وإلا لا يقع عن واحد منهما وأجيب بأنا لا نسلم اتحاد الجنس لأنه يختلف باختلاف الخطاب والسبب فإن لكل منهما سببا وخطابا على حدة بخلاف الصوم فإن الجميع ثابت بخطاب فليصمه من أول الشهر الخ

قد تقدم وجه المناسبة فى أول الظهار واللعان فى اللغة الطرد والابعاد يقال لاعنه ملاعنة ولعانا ثم لقب الباب باللعان دون الغضب وان كان فيه الغضب أيضا لان اللعن من جانب الرجل وهو متقدم وفى الشريعة شهادات تجرى بين الزوجين مقرونة باللعن والغضب وسببه قذف الرجل امرأته قذفا لو وجب الحد فى الاجنبية وشرطه النكاح حتى لو طلقها بعد القذف لا يجرى اللعان بينهما وركنه الشهادات المخصوصة التى تجرى بكلمات معروفة بين الزوجين وحكمه حرمة الوطء والاستمتاع كما فرغا من اللعان قال (واذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من أهل الشهادة) أى من أهل أدائها ولهذا لا يجرى بين المملوكين (والمرأة ممن يحد قاذفها) حتى لو لم تكن من ذلك بان تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها أو كان لها ولد مجهول النسب لا يجرى بينهما (أو نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان) فان قيل اللعان يجرى بين الاعميين والفاسقين وليسا من أهل الشهادة وتخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها غير مفيد لكونه شرطا فى جانب الرجل أيضا حتى لو كان ممن لا يحد قاذفه لا يجرى وان كانت ممن يحد قاذفها أجيب عن الاول بانهما من أهل الشهادة لو حكم الحاكم بشهادتهم جاز كذا فى شرح الطحاوى والجامع الصغير لقاضيخان وعن الثانى بانه انما يشترط كونها ممن يحد قاذفها لئلا يخلو القذف عن ايجاب حكم فانها اذا لم تكن كذلك لم يلزم الرجل حد ولا لعان لان اللعان قائم فى حقه مقام حد القذف وهو يقتضى إحصانها بخلاف ما إذا لم يكن الرجل ممن يحد قاذفه وقذف فانه يحد حد القذف فلم يخل القذف عن ايجاب حكم

﴿ باب اللعان ﴾

قال (اذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من أهل الشهادة والمرأة ممن يحد قاذفها أو نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان)

﴿ باب اللعان ﴾

هو مصدر لاعن سماعى لا قياسى والقياس الملاعنة وكثير من النحاة يجعلون الفعال والمفاعلة مصدرين قياسيين لفاعل وهو من اللعن وهو الطرد والابعاد يقال منه التعن أى لعن نفسه ولاعن اذا فاعل غيره ومنه رجل لعنة بفتح العين اذا كان كثير اللعن لغيره وبسكونها اذا لعنه الناس كثيرا قال

والضيف أكرمه فان مبيته * حق ولا تك لعنة للنزل

وفى الفقه هو اسم لما يجرى بين الزوجين من الشهادات بالالفاظ المعروفة سمى ذلك به لوجود لفظ اللعن فى الخامسة من تسمية الكل باسم الجزء ولم يسم باسم الغضب وهو أيضا موجود فيه لانه فى كلامها وذلك فى كلامه وهو أسبق والسبق من أسباب الترجيح وشرطه قيام النكاح وما سيذكر وسببه قذفه زوجته بما يوجب الحد فى الاجنبية وركنه ذلك المفهوم وحكمه حرمتها بعد التلاعن على ما سيأتى وأهله من كان أهلا للشهادة (قوله اذا قذف الرجل امرأته بالزنا) بأن يقول أنت زانية أو رأيتك تزنين أو يا زانية هذا مذهب الجمهور وفى المشهور عن مالك لا يجب بقوله يا زانية بل يجب فيه الحد وهو قول الليث وعثمان البتى ويحيى بن سعيد واستضعف بأن الكل رمى بالزنا وهو السبب فلا فرق (قوله وهما من أهل الشهادة) أى من أهل أدائها على المسلم فلا يجرى اللعان بين الكافرين والمملوكين ولا اذا كان أحدهما مملوكا أو صبيا أو مجنونا أو محدودا فى قذف وأوردانه يجرى بين الاعميين والفاسقين مع انه لا أداء لهما ودفع بأنهما من أهله الا انه لا يقبل للفسق ولعدم تمييز الاعمى بين المشهود له وعليه وهنا هو يقدر على ان يفصل بين نفسه وامرأته فيكون أهلا لهذه الشهادة دون غيرها وروى ابن المبارك عن أبى حنيفة رضى الله عنه ان الاعمى لا يلاعن (قوله ممن يحد قاذفها) فلو كانت لا يحد قاذفها بان تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها فيه أو كان لها ولد

﴿ باب اللعان ﴾

(قوله ثم لقب الباب باللعان الخ) أقول تسمية للكل باسم جزئه (قوله وحكمه حرمة الوطء والاستمتاع كما فرغا من اللعان) أقول وفى الكفاية لا تقع الفرقة بنفس اللعان حتى لو طلقها فى هذه الحالة طلاقا بائنا يقع وكذا لو أكذب نفسه حل له الوطء من غير تجديد النكاح اهـ (قوله وتخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها غير مفيد لكونه شرطا فى جانب الرجل أيضا) أقول قال العلامة الزيلعى هذا خطأ فاحش لان من شرط اللعان أن يكونا من أهل الشهادة لانه شهادة وكونه ممن لا يحد قاذفه كالزانى لا يخل بهذا الشرط لان اللعان يجرى بين الفاسقين وانما اشترط ذلك فيها لتثبت عفتها لان حد القذف لا يجب الا اذا كان المقذوف عفيفا عن الزنا فكذا اللعان لانه قائم مقام حد قذفها وهذا لان من شرط اللعان أن تطالب المرأة بموجب القذف وهو الحد واذا لم تكن ممن يحد قاذفها ليس لها المطالبة بذلك فلا يتصور اللعان ولم يوجد فى حقه هذا المعنى فلاى معنى يمنع اهـ قال العلامة الامام كمال الدين بن الهمام والحاصل ان المرأة هى المقذوفة دونه فاختصت باشتراط كونها ممن يحد قاذفها بعد اشتراط أهلية الشهادة بخلافه ليس بمقذوف وهو شاهد فاشترطت أهلية الشهادة دون كونه ممن يحد قاذفه والله أعلم اهـ (قوله لو حكم الحاكم بشهادتهم جاز الخ) أقول وكذا المحدود فى القذف

والاصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف فى حقه ومقام حد الزنا فى حقها لقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم والاستثناء انما يكون من الجنس

وليس له أب معروف أو زنت فى عمرها ولو مرة أو وطئت وطأ حراما بشبهة ولو مرة لا يجرى اللعان وأورد ما فائدة تخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها وهو شرط فى جانب الرجل أيضا حتى لو كان الزوج ممن لا يحد قاذفه لا يجرى اللعان أيضا وان كانت هى ممن يحد قاذفها وأجاب فى النهاية بان اللعان فى حقه قائم مقام حد القذف فلا بد من احصانها حتى يقع مقام حد القذف وعند عدم احصانها قذفها لا يكون موجبا شيأ لا حد القذف ولا اللعان أما قذف الرجل عند عدم احصانه فوجب ما هو الاصل وهو حد القذف فلم يخل قذفه عند عدم احصانه عن موجبه فلذلك لم يشترط كونه ممن يحد قاذفه اذ الحد أصل اللعان فكان فى معنى اللعان قال فى شرح الكنز هذا خطأ فاحش لان من شرط اللعان أن يكونا من أهل الشهادة لانه شهادة وكونه ممن لا يحد قاذفه كالزانى لا يخل بهذا الشرط لان اللعان يجرى بين الفاسقين وانما اشترط ذلك فيها لتثبت عفتها لان حد القذف لا يجب الا اذا كان المقذوف عفيفا عن الزنا فكذا اللعان لانه قائم مقام حد قذفها وهذا لان من شرط اللعان أن تطالب المرأة بموجب القذف وهو الحد واذا لم تكن ممن يحد قاذفها ليس لها المطالبة بذلك فلا يتصور اللعان ولم يوجد فى حقه هذا المعنى فلاى معنى يمتنع اه الحاصل ان المرأة هى المقذوفة دونه فاختصت باشتراط كونها ممن يحد قاذفها بعد اشتراط أهلية الشهادة بخلافه ليس بمقذوف وهو شاهد فاشترطت أهلية الشهادة دون كونه ممن يحد قاذفه (قوله والاصل) أى ان الاصل فى اشتراط أهلية الشهادة فيهما واشتراط كونها مع ذلك عفيفة ممن يحد قاذفها ان اللعان شهادات مؤكدات بالايمان فلذلك اشترطنا أهلية الشهادة وانه قام مقام حد القذف فى حقه أى قذفه لها فلذلك اشترطنا كونها ممن يحد قاذفها ومقام حد الزنا فى حقها ان كان صادقا (قوله عندنا) قيد بهذا الظرف ليفيد الخلاف فعند الشافعى اللعان أيمان مؤكدات بالشهادات وهو الظاهر من قول مالك وأحمد ممن كان أهلا لليمين وهو من يملك الطلاق فكل من يملكه فهو أهل له عنده فيجب اللعان من كل زوج عاقل وان كان كافرا أو عبدا وعن مالك وأحمد رواية كقولنا وجه قوله قوله تعالى فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله فقوله تعالى بالله محكم فى اليمين والشهادة تحتمل اليمين ألا ترى انه لو قال أشهد ينوى اليمين كان يمينا فحملنا المحتمل على المحكم لان حمله على حقيقته متعذر لان المفهوم فى الشرع عدم قبول شهادة الانسان لنفسه بخلاف يمينه وكذا المعهود شرعا عدم تكرر الشهادة فى موضع بخلاف اليمين فانه معهود فى القسامة ولان الشهادة محلها الاثباتات واليمين للنفى فلا يتصور تعلق حقيقتهما بامر واحد فوجب العمل بحقيقة أحدهما ومجاز الآخر فليكن المجاز لفظ الشهادة لما قلنا من الموجبين المذكورين وهذا التقرير يقتضى فى حل مذهبه أن يقال أيمان مؤكدة بأيمان لا أيمان مؤكدة بالشهادة ولنا الآية المذكورة والحمل على الحقيقة يجب عند الامكان وقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم أثبت انهم شهداء لان الاستثناء من النفى اثبات وجعل الشهداء مجازا عن الحالفين يصير المعنى ولم يكن لهم حالفون الا أنفسهم وهو غير مستقيم لانه يفيد انه لما لم يكن للذين يرمون أزواجهم من يحلف لهم يحلفون هم لانفسهم وهذا فرع تصور حلف الانسان لغيره وهو لا وجود له أصلا فلو كان معنى اليمين حقيقيا للفظ الشهادة كان هذا صارفا عنه الى مجازه فكيف وهو مجازى لها ولو لم يكن هذا كان امكان العمل بالحقيقة موجبا لعدم الحمل على اليمين فكيف وهذا صارف

والذين يرمون المحصنات الآية ولما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه قال كنا جلوسا فى المسجد ليلة الجمعة اذ دخل أنصارى فقال يا رسول الله أرأيتم الرجل يجد مع امرأته رجلا فان قتل قتلتموه وان تكلم جلدتموه وان سكت سكت على غيظ ثم قال اللهم افتح فنزلت آية اللعان ولانه صلى الله عليه وسلم قال لهلال بن أمية حين قذف امرأته بشريك بن سحماء ائت بأربعة من الشهداء يشهدون على صدق مقالتك والا فحد على ظهرك فقال الصحابة الآن يجلد هلال ابن أمية فتبطل شهادته فى المسلمين فثبت ان موجب القذف فى الزوجة كان الحد ثم انتسخ ذلك باللعان فنظرنا فى آية اللعان فوجدناها دالة على ان الاصل فى اللعان ان يكون شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف فى حق الرجل ومقام حد الزنا فى حقها لان الله تعالى قال والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم ووجه الاستدلال ان الله تعالى استثنى الازواج من الشهداء والاصل فى الاستثناء ان يكون من الجنس ولا شهداء الا بالشهادة ولا شهادة فيما نحن فيه الا كلمات اللعان فدل أنها شهادات أكدت بالايمان نفيا للتهمة

عن

وقال الله تعالى فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن فى جانبه باللعن لو كان كاذبا تأكيدا وهو قائم فى حقه مقام حد القذف وفى جانبها بالغضب لانهن يستعملن اللعن فى كلامهن كثيرا على ماورد فى الحديث انهن يكثرن اللعن ويكفرن العشير وسقطت حرمة اللعن عن أعينهن فعساهن يجترئن على الاقدام لكثرة جرى اللعن على ألسنتهن وسقوط وقعه عن قلوبهن فقرن الركن فى جانبها بالغضب ردعا لهن عن الاقدام فان قيل مامعنى اقامة الشهادة مقام الحد فى الطرفين وما المناسبة بين الحد والشهادة أجيب بأن الحد زاجر والاستشهاد بالله كاذبا مقرونا باللعن على نفسه سبب الهلاك وفى ذلك زجر عن الاقدام على سببه فان قيل لو كان اللعان قائما فى حقه مقام حد القذف يجرى بجريانه فى الاتحاد والتعدد وليس كذلك فان من قذف أربع نسوة له فى كلمة واحدة أو فى كلام متفرق فعليه ان يلاعن كل واحدة منهن على حدة وان قذف أجنبيات فانه يقام عليه حد القذف لهن مرة واحدة أجيب بأن اللعان قائم فى حقه مقام حد القذف بقذف امرأته لا مطلقا لانه صار بدلا عما كان يلزمه فى الابتداء بقذفها فلا يرد عليه الاجنبيات على أن ذلك الاختلاف لاختلاف المقصود فان المقصود هنالك دفع عار الزنا عنهن وذلك يحصل باقامة حد واحد وههنا لا يحصل المقصود بلعان واحد لتعذر الجمع بينهن بكلمات اللعان فقد يكون صادقا فى حق بعض دون بعض والمقصود التفريق بينه وبينهن ولا يحصل ذلك بلعان بعضهن فيلاعن كلا منهن على حدة حتى لو كان محدودا فى قذف كان عليه لهن حد واحد لان موجب قذفهن الحد حينئذ والمقصود يحصل بحد واحد كما فى الاجنبيات وانما قيد بقوله عندنا لان عند الشافعى اللعان ايمان مؤكدات بالشهادة فمن كان أهلا لليمين كان أهلا للعان قال (اذا ثبت هذا نقول) يعنى اذا ثبت ان الاصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان نقول (لابد أن يكون المتلاعنان من أهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولابد ان تكون المرأة ممن يحد قاذفها لانه قائم فى حقه مقام حد القذف فلابد من الاحصان ويجب بنفى الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها) كما إذا نفى أجنبى نسب ولد عن أبيه المعروف فانه يكون قذفا للمرأة فكذلك هذا

وقال الله تعالى فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن فى جانبه باللعن لو كان كاذبا وهو قائم مقام حد القذف وفى جانبها بالغضب وهو قائم مقام حد الزنا اذا ثبت هذا نقول لابد أن يكونا من أهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولابد أن تكون هى ممن يحد قاذفها لانه قائم فى حقه مقام حد القذف فلابد من احصانها ويجب بنفى الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها ظاهرا

عن المجاز وما توهم صارفا مما ذكر غير لازم قوله قبول الشهادة لنفسه وتكرر الاداء لا عهد به ما قلنا وكل من الحلف لغيره والحلف لايجاب الحكم لا عهد به بل اليمين لدفع الحكم فان جاز لمن له ولاية الايجاد والاعدام والحكم كيفما أراد شرعية هذين الامرين فى محل بعينه ابتداء جاز له أيضا شرعية ذلك ابتداء ثم هما أقرب فى القول لعقلية كون التعدد فى ذلك المحل أربعا بدلا عما عجز عنه من اقامة شهود الزنا وهم أربع وعدم قبول الشهادة لنفسه عند التهمة ولذا يثبت عند عدمها أعظم ثبوت قال الله تعالى شهد الله أنه لا اله الا هو فغير بعيد أن يشرع عند ضعفها بواسطة تأكيدها باليمين والزام اللعنة والغضب ان كان كاذبا مع عدم ترتب موجبها فى حق كل من الشاهدين اذ موجب شهادة كل واحد اقامة الحد على الآخر وليس ذلك بثابت هنا بل الثابت عندهما ماهو الثابت بالايمان وهو اندفاع موجب دعوى كل عن الآخر وانما قلنا عندهما ولم نقل بهما لان هذا الاندفاع ليس موجب الشهادتين بل هو موجب تعارضهما وأما قوله اليمين للنفى الى آخره فمحله ما اذا وقعت فى انكار دعوى مدع والا فقد يحلف على اخبار بأمر نفى أو اثبات وهنا كذلك فانها على صدقه فى الشهادة والحق انها على ما وقعت الشهادة به وهو كونه من الصادقين فيما رماها به كما اذا جمع ايمانا على أمر واحد يخبر به فان هذا هو حقيقة كونها مؤكدة للشهادة اذ لو اختلف متعلقهما لم يكن أحدهما مؤكدا للآخر وثمرة الخلاف تظهر فى اشتراط أهلية الشهادة وعدمها (قوله قائمة مقام حد القذف فى حقه) أى بالنسبة الى كل زوجة على حدة لا مطلقا ألا يرى انه لو قذف بكلمة أو بكلمات أربع زوجات له بالزنا لا يجزيه لعان واحد لهن بل لابد من أن يلاعن كلا منهن على حدة ولو كن أجنبيات فقذفهن حد واحدا لهن وسبب هذا الافتراق ان المقصود يحصل فى اقامة الحد الواحد للكل وهو دفع العار عنهن ولا يحصل ذلك فى اللعان الا بالنسبة الى كل واحدة ويتعذر اجتماع الكل فى كلمة (قوله ويجب بنفى الولد) هو أعم من كونه ولده منها أو ولدها من غيره ويجب ارادة هذا الاطلاق فقوله فى الغاية أو نفى نسب ولدها المولود على فراشه لا يفيد لانه لو نفى نسب ولدها من غيره عن أبيه المعروف يكون قذفا لها كما لو نفاه عنه

(قوله سبب الهلاك) أقول وكذا فى جانبها (قوله أجيب بان اللعان قائم الى قوله فلا يرد عليه الاجنبيات) أقول فيه بحث اذ الظاهر ان حكم نسائه فى الابتداء كان حكم الاجنبيات فيتوجه السؤال ويجىء بعد ثلاثة أسطر

(ولا يعتبر احتمال كون الولد من غيره بالوطء بشبهة لان الاصل في النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به) وقال الشافعي لا يصير بنفي الولد قاذفا لها ما لم يقل وإنه من الزنا لجواز أن يكون من الوطء بشبهة كما لو قال لاجنبية ليس هذا الولد الذي ولدته من زوجك فانه لا يصير قاذفا ما لم يقل ولد من الزنا بالاتفاق قال شيخ الاسلام

ولا يعتبر احتمال أن يكون الولد من غيره بالوطء من شبهة كما اذا نفى أجنبي نسبه عن أبيه المعروف وهذا لان الاصل في النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به ويشترط طلبها لانه حقها فلابد من طلبها كسائر الحقوق (فان امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه) لانه حق مستحق عليه وهو قادر على إيفائه فيحبس به حتى يأتي بما هو عليه أو يكذب نفسه ليرتفع السبب

أجنبي فيكون موجبه اللعان لما تلونا كذا في شرح الكنز (قوله ولا يعتبر احتمال الخ) جواب عن مقدر تقديره ان النفي ليس بقذف لها بالزنا يقينا لجواز كون الولد من غيره بوطء بشبهة لا لزنا أجاب بانه احتمال لا يعتبر لان النسب وان كان مما يثبت من الوطء بشبهة لكن الواقع انتفاء ثبوته إلا من هذا الفراش القائم فاذا نفاه عنه مع عدم ثبوته من غيره كان نفيا للثبوت نسبه مطلقا ويستلزم كونه عن زنا فكان قذفا ما لم يظهر خلافه ولم يظهر بعد وانما بقي فيه احتمال كونه في نفس الامر عن غير زنا ولا عبرة به فان هذا الاحتمال قائم بعينه فيما اذا صرح بنسبة أمه الى الزنا به ثم شبهه بما اذا نفى أجنبي نسبه عن أبيه المعروف يعني فانه يكون قذفا موجبا للحد وان كان ذلك الاحتمال قائما فيه وهذا مصرح بخلاف ما في المحيط من انه اذا نفى الولد فقال ليس بابني ولم يقذفها بالزنا لا لعان بينهما لان النفي ليس بقذف لها بالزنا يقينا لذلك الاحتمال وفي النهاية والدراية جعلا هذا قول الشافعي ثم قال وأجمعوا انه لو قال لاجنبية ليس هذا الولد الذي ولدته من زوجك لا يصير قاذفا ما لم يقل انه من الزنا قال والقياس ما قاله الشافعي الا انا تركناه لضرورة في اللعان لان الزوج قد يعلم ان الولد ليس منه إما لانه لم يقربها أو عزل عنها عزلا بينا ولا يدري من أين هو يعني فيحتاج الى نفيه لانه لا يستلحق من ليس منه يقينا ولا يتمكن منه الا باللعان وثبوته فرع اعتباره قاذفا فاعتبر كذلك لهذه الضرورة وهذه الضرورة منعدمة في حق غيره وجواب الفصلين يخالف جوابهما المصرح في الهداية والعجب من صاحب الدراية حيث قال في تقريره قوله في الكتاب ولا يعتبر احتمال أن يكون الولد الخ لانه يصير قاذفا بالاجماع مع وجود هذا الاحتمال كما في نفي أجنبي نسبه عن أبيه المعروف ونقله من الايضاح والمبسوط ثم نقل قول الشافعي كما في النهاية ثم أورد صورة الاجنبية مقيسا له عليه فقال كما لو قال لاجنبية ليس هذا الولد من زوجك ولم يمنعه في جوابه بل ذكر في جوابه الفرق الذي ذكره في النهاية بين قوله لاجنبية وبين قوله لزوجته وهو تناقض ظاهر ومخالف لما ذكره في الكتاب وغيره من المواضع كالايضاح والمبسوط وغيرهما وما في كتاب الحدود فانه قال ومن نفى نسب غيره فقال لست لابيك فانه يحد قيل وذكر في جوامع الفقه وغيره لو قال وجدت معها رجلا يجامعها ليس بقذف لها لانه يحتمل الحل والجماع بشبهة والنكاح الفاسد فكان ينبغي أن يكون كذلك هنا يعني في نفي نسب ولده من زوجته أجيب عنه بأنا جعلناه كالتصريح بالزنا للضرورة التي بيناها قلت وعلى ما هو الحق فالجواب ان الجماع لا يستلزم الزنا بخلاف قطع نسبه من كل وجه على ما قررناه فانه يستلزمه (قوله ويشترط طلبها) وبه قالت الائمة الثلاثة لانه أي اللعان حقها لانه لدفع العار عنها فيشترط طلبها بخلاف ما اذا كان القذف بنفي الولد فان الشرط طلبه لاحتياجه الى نفي من ليس ولده عنه (فان امتنع حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه) فيحد وعند الشافعي اذا امتنع حده حد القذف وكذا اذا

والقياس ما قاله الا انا تركناه لضرورة في اللعان لان الزوج قد يعلم ان الولد ليس منه بان لم يطأها أو عزل عنها عزلا بينا ولكن لا يعلم انه بزنا أو بوطء عن شبهة فاكتفى بنفي الولد حتى ينتفي عنه نسب الولد وهذه الضرورة معدومة في حق الاجنبي (ويشترط طلبها) بموجب القذف (لانه حقها) لانه باللعان يندفع عار الزنا عنها (فلابد من طلبها كسائر الحقوق فان امتنع الزوج عن اللعان حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس به حتى يأتي بما هو عليه أو يكذب نفسه ليرتفع السبب) وفي نسخة ليرتفع الشين ومعنى النسخة الاولى ليرتفع السبب أي سبب اللعان أي علته وهو التكاذب لان اللعان انما يجب اذا أكذب كل واحد منهما الآخر فيما يدعيه بعد قذف الزوج امرأته بالزنا واما اذا أكذب نفسه فلم يبق التكاذب بل وافق المرأة في أنها لم تزن ولا يجري اللعان بعد ذلك واما النسخة الاخرى فقيل انها معتبرة على زعم ان سبب اللعان لا يرتفع بالاكذاب بل يتقرر ألا ترى انه يجب عليه الحد بالاكذاب وهو الاصل في القذف لكن يرتفع الشين بالتكاذب ومن الناس من قال أراد بالسبب الشرط لان التكاذب شرط اللعان قيل قوله وهو قادر على ايفائه احتراز عن المديون المفلس فان الدين حق مستحق عليه لكنه غير قادر على ايفائه فلا يحبس لاعن

(قوله فانه لا يصير قاذفا) أقول يخالف لما مر آنفا

(ولولاعن وجب عليها اللعان) لما تلونا من النص الا انه يبتدأ بالزوج لانه هو المدعى (فان امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن أو تصدقه) لانه حق مستحق عليها وهى قادرة على إيفائه فتحبس فيه (واذا كان الزوج عبدا أو كافرا أو محدودا فى قذف فقذف امرأته فعليه الحد) لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته فيصار الى الموجب الاصلى وهو الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية واللعان خلف عنه

لاعن فامتنعت عنده تحد حد الزنا وعندنا تحبس حتى تلاعن أو تصدقه فيرتفع سبب وجوب لعانها وهو التكاذب لان اللعان انما يجب اذا أكذب كل الآخر فيما ادعاه والاوجه كونه القذف فهو السبب والتكاذب شرط وفى بعض النسخ فيرتفع الشين وهذا اذا اعترف بالقذف فلو أنكر فأقامت بينة قبلت ولزمه اللعان وفى الجامع لو مات الشاهدان أو غابا بعدما عدلا لا يقضى باللعان وفى المال يقضى بخلاف ما لو عميا أو فسقا أو ارتدا حيث يلاعن بينهما وفى بعض نسخ القدورى أو تصدقه فتحد وهو غلط لان الحد لا يجب بالاقرار مرة فكيف يجب بالتصديق مرة وهو لا يجب بالتصديق أربع مرات لان التصديق ليس باقرار قصدا بالذات فلا يعتبر فى وجوب الحد بل فى درئه فيندفع به اللعان ولا يجب به الحد ولو صدقته فى نفى الولد فلا حد ولا لعان وهو ولدهما لان النسب انما ينقطع حكما للعان ولم يوجد وهو حق الولد فلا يصدقان فى ابطاله وجه قول الشافعى ان الواجب بالقذف مطلقا الحد بعموم قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم الا أنه يتمكن من دفعه فيما اذا كانت المقذوفة زوجة باللعان تخفيفا عليه فاذا لم يدفعه به يحد ومثله فى المرأة اذا لم تلاعن بعدما أوجب الزوج عليها اللعان بلعانه فاذا امتنعت حدت للزنا ويشير اليه قوله تعالى ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله قلنا قوله تعالى والذين يرمون أزواجهم الى قوله تعالى فشهادة أحدهم أربع شهادات أى فالواجب شهادة أحدهم وقد عرف ان فاء الجزاء يحذف بعدها المبتدأ كثيرا فأفاد ان الواجب فى قذف النساء اللعان فاما أن يكون ناسخا أو مخصصا العموم ذلك العام للاجماع على أنه ليس بمنسوخ وعلى التقديرين يلزم كون الثابت فى قذف الزوجات انما هو هذا فلا يجب غيره عند الامتناع عن ايفائه بل تحبس لايفائه كما فى كل حق امتنع من هو عليه عن ايفائه لا يعاقب ليوفيه والثابت عندنا انه بطريق النسخ لانه لم يقارن العام وهو مخصص أول وللعلم بتأخره على ما رووا انه صلى الله عليه وسلم قال للذى قذف امرأته ائت بأربعة شهداء والا فحد على ظهرك فنزلت آية اللعان ولم يتعين كون المراد من العذاب فى الآية الحد لجواز كونه الحبس واذ قام الدليل على أن اللعان هو الواجب وجب حمله عليه قيل والعجب من الشافعى لا يقبل شهادة الزوج عليها بالزنا مع ثلاثة عدول ثم يوجب الحد عليها بقوله وحده وان كان عبدا فاسقا وأعجب منه انه يمين عنده وهو لا يصلح لايجاب المال ولا لاسقاطه بعد الوجوب وأسقط به كل من الرجل والمرأة الحد عن نفسه وأوجب به الرجم الذى هو أغلظ الحدود على المرأة فان قال انما وجب عليها بالنكول لها بامتناعها عن اللعان قلنا هو أيضا من ذلك العجب فان كون النكول اقرارا فيه شبهة والحد مما يندفع بها مع أنه غاية ما يكون بمنزلة الاقرار مرة ثم ان عنده هذه الشبهة أثرت فى منع ايجاب المال مع أنه يثبت مع الشبهة فكيف يوجب الرجم به وهو أغلظ الحدود وأصعب اثباتا وأكثر شروطا وفى كافى الحاكم اذا شهد الزوج وثلاثة نفر على امرأته بالزنا جازت شهادتهم فتحد هى وان كان الزوج قذف وجاء بثلاثة نفر فشهدوا حد الثلاثة ولاعن الزوج (قوله أو كافرا) صورته ما اذا كان الزوجان كافرين فأسلمت هى فقذفها الزوج قبل عرض الاسلام عليه (قوله فيصار الى الموجب الاصلى وهو الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات) يعنى الحد ولا تحرير فى هذا الكلام الا أن يكون الموجب الاصلى هو الحد فى حق العموم وقد جعل له أن يسقطه باللعان

(ولولاعن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص) وهو قوله تعالى فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله وقوله (الا أنه يبتدأ بالزوج لانه هو المدعى) بناء على أن اللعان شهادات والمطالب بها هو المدعى والاستثناء بمعنى لكن كأنه استشعر أن يقال المتلو من النص لا يدل على المبدوء به فقال الا أنه يبتدأ به وقوله (فان امتنعت) ظاهر (واذا كان الزوج عبدا أو كافرا) بان كانا كافرين فأسلمت المرأة وقذفها الزوج قبل أن يعرض عليه الاسلام (أو محدودا فى قذف فقذف امرأته فعليه الحد لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته) لانه ليس من أهل الشهادة (فيصار الى الموجب الاصلى) (وهو) حد القذف (الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية) فانه كان هو المشروع أولا ثم صار اللعان خلفا عنه فى قذف الزوج عند وجود الشرائط فاذا عدمت صير الى الاصل

وقوله (وان كان) هو (من أهل الشهادة) ظاهر وقوله (والاصل فى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم أربعة لا لعان بينهم و بين أزواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك) قيل وهذا الحديث لم يوجد له أصل فى كتب الحديث ولكن أبو بكر الرازى ذكره فى شرحه لمختصر الطحاوى باسناده عن عبد الباقى الى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم قيل كفى بابى بكر الرازى لعدالته وضبطه وفقهه مقتدى (ولو كانا محدودين فى قذف فعليه الحد) لان

(وان كان من أهل الشهادة وهى أمة أو كافرة أو محدودة فى قذف أو كانت ممن لا يحد قاذفها) بأن كانت صبية أو مجنونة أو زانية (فلا حد عليه ولا لعان) لانعدام أهلية الشهادة وعدم الاحصان فى جانبها وامتناع اللعان لمعنى من جهتها فيسقط الحد كما اذا صدقته والاصل فى ذلك قوله عليه السلام أربعة لا لعان بينهم و بين أزواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك ولو كانا محدودين فى قذف فعليه الحد لان امتناع اللعان بمعنى من جهته إذ هو ليس من أهله

كما قال الشافعى وأما على ما قررنا من ثبوت نسخها فى قذف الزوجات فلا يكون للحد وجود فى قذفهن لارتفاع المنسوخ فلا يجوز المصير اليه فيهن لانه مصير الى غير حكمه والدليل ينفيه والحق فى التقرير أن يقال النص انما نسخ حكم الحد فى حق من كان من أهل الشهادة من الازواج لا فى كل زوج لان لفظة الناسخ ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم تفيد ذلك فيبقى العام موجبا حكمه وهو وجوب الحد فيمن لم يكن أهلا فيعمل بمقتضاه (قوله وان كان) أى الزوج (من أهل الشهادة) وهى ليست من أهلها أو من أهلها الا أنها لا يحد قاذفها بان تكون قد زنت فى عمرها فلا حد ولا لعان وهو ظاهر فيما اذا كانت لا يحد قاذفها أما اذا كانت ممن يحد قاذفها الا أنها ليست من أهل الشهادة بان تكون عفيفة محدودة فى قذف فقد يقال امتناع اللعان لعدم شرطه من أين يستلزم امتناع الحد والحال انها ممن يحد قاذفها فصار كامتناع اللعان من جهة الزوج ولم يسقط الحد عنه والجواب ان الزوج لما كان أهلا للعان بان كان أهلا للشهادة لم يكن حكم قذفه الا اللعان لا الحد فاذا امتنع من جهتها امتنع تمام الموجب بخلاف ما اذا امتنع من جهته بعدم أهليته للشهادة فان حكم قذفه ليس اللعان بل الحد لما بينا (قوله والاصل فى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم أربعة لا لعان بينهم) أخرج ابن ماجه فى سننه عن ابن عطاء عن أبيه عطاء الخراسانى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال أربعة من النساء لا ملاعنة بينهم النصرانية تحت المسلم واليهودية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك وأخرجه الدارقطنى عن عثمان بن عبد الرحمن الوقاصى عن عمرو بن شعيب وأخرجه بالطريق الاول أيضا وقال وتابعه يعنى تابع عثمان بن عطاء الخراسانى يزيد بن زريع عن عطاء وهو أيضا ضعيف وروى عن الاوزاعى وابن جريج وهما إمامان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده من قوله ولم يرفعاه ثم أخرجه كذلك موقوفا ثم أخرجه عن عمارة بن مطر عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر نحوه وضعف رواته وأنت علمت أن الضعيف اذا تعددت طرقه كان حجة وهذا كذلك خصوصا وقد اعتضد برواية الامامين اياه موقوفا على جد عمرو بن شعيب على أن معنى الحديث المذكور مما يدل عليه آية اللعان على التقرير الذى ذكرناه من أنه شهادات الى آخره (قوله ولو كانا محدودين فعليه الحد) لان امتناع اللعان بمعنى من جهته وكذا اذا كان هو عبدا وهى محدودة فى قذف يحد لما ذكرنا بخلاف ما اذا كانا كافرين أو مملوكين حيث لا يجب عليه الحد وان امتنع من جهته لان قذف الامة والكافرة لا يوجبه بخلاف قذف المحدودة اذا كانت عفيفة فانه لو قذفها أجنبى يحد فكذا الزوج ولو قذف الكافرة أو الامة أجنبى لا يحد فكذا الزوج فصار كما لو كانا صغيرين أو مجنونين

امتناع اللعان لمعنى من جهته وهو كونه ليس من أهل الشهادة فان قيل هلا اعتبر جانبها أيضا وهى محدودة فى القذف درأ للحد أجيب بان المانع عن الشئ انما يعتبر مانعا اذا وجد المقتضى لانه عبارة عما ينتفى به الحكم مع قيام مقتضيه واذا لم يكن الزوج أهلا للشهادة لم ينعقد قذفه مقتضيا للحكم وهو اللعان فلا يعتبر المانع والقذف فى نفسه موجب الحد فيحد بخلاف ما اذا وجد الاهلية من جانبه فانه ينعقد قذفه مقتضيا له فاذا ظهر عدم أهليتها بكونها محدودة فى قذفه بطل المقتضى فلا يجب الحد لانه لم ينعقد له بل انعقد للعان ولا لعان لبطلانه بالمانع ونوقض بما لو قذف عبد امرأته وهى مملوكة أو مكاتبة فانه لا حد عليه ولا لعان وعلى قود ما ذكرتم يجب عليه الحد لانه ليس من أهل الشهادة فلم ينعقد قذفه مقتضيا للحكم وهو اللعان فيجب أن يحد لان القذف يوجبه وأجيب بان فى العبد شبهة الاهلية لان له شهادة بعد العتق فاعتبرت درأ للحد وليس كذلك المحدود فى قذف

(قوله قيل هذا الحديث الخ) أقول القائل هو الاتقانى (قوله يجب عليه الحد) أقول كيف يجب الحد والمقذوفة غير محصنة بخلاف قذف المحدودة فى القذف فانه لا ينافى الاحصان (قوله لان له شهادة بعد العتق) أقول فعلى هذا ينبغى أن لا يحد الزوج القاذف اذا كان عبدا وهى محدودة فى قذف مع انه يحد الا انه كلام على السند الاخص صرح به ابن الهمام

(وصفة اللعان أن يبتدئ القاضي بالزوج فيشهد أربع مرات يقول في كل مرة أشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا و يقول في الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير اليها في جميع ذلك ثم تشهد المرأة أربع مرات تقول في كل مرة أشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتقول في الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا) والاصل فيه ماتلوناه من النص وروى الحسن عن أبي حنيفة انه يأتي بلفظة المواجهة يقول فيما رميتك به من الزنا لانه أقطع للاحتمال وجه ماذكر في الكتاب ان لفظة المغايبة اذا انضمت اليها الاشارة انقطع الاحتمال قال (واذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما)

مجنونين وعند الشافعي وغيره يلاعن في الكل لان كل من هو من أهل اليمين فهو أهل له الا اذا كان أحدهم صغيرا أو مجنونا قيل عليه كما أن امتناعه يعني من جهته كذلك هو يعني من جهتها فكان ينبغي أن تراعى الجهتان فباعتبار جهته ينبغي أن ينتفي اللعان فقط و باعتبار جهتها يسقط اللعان فيتبعه سقوط الحد والجواب أن القذف يوجد أولا منه وهو مقتض للعان ان كان أهلا للشهادة والحد ان لم يكن وعدم أهليتها مانع ولا اعتبار للمانع الا بعد وجود المقتضي لان مفهوم المانعية يقتضي ذلك اذ حقيقته نسبته الى المقتضي بالمنع ولا وجود لمقتضي اللعان فلا تعتبر المانعية من جهتها واللعان والحد انما يسقط عما من جهتها تبعا لسقوط اللعان ولم يعتبر المسقط المستتبع من جهتها فيبقى على ما كان وقد كان ثابتا فان قذف الزوج موجب للحد (قوله وصفة اللعان الخ) ظاهر في تعينه كذلك حتى لو أخطأ القاضي فبدأ بها قبله لا يعتد بلعانها فتعيد بعده و به قال الشافعي وأحمد وأشهب من المالكية وفي البدائع ينبغي أن يعيد اللعان عليها لان اللعان شهادة والمرأة بشهادتها تقدح في شهادة الزوج فلا يصح الا بعد وجود شهادته ولهذا يبتدأ بشهادة المدعي في باب الدعوى ثم بشهادة المدعى عليه بطريق الدفع له كذا هنا فان لم يعد حتى فرق بينهما نفذت الفرقة لان تفريقه صادف محل الاجتهاد لانه يزعم ان اللعان عين الشهادة و يجوز تقديم احدى اليمينين على الاخرى كتحالف المتبايعين فانه لا يلزم مراعاة الترتيب ومقتضاه لزوم الاعادة كقول الشافعي لكن في الغاية لو بدأ بلعانها فقد أخطأ السنة ولا تجب اعادته و به قال مالك وهو الوجه لان النص أعقب الرمي بشهادة أحدهم وشهادتها الدارئة عنها بقوله و يدرأ عنها العذاب أن تشهد ولان الفاء دخلت على شهادته على وزان ما قلنا في سقوط الترتيب في الوضوء من أنه عقب جملة الافعال للقيام الى الصلاة وان كان دخول الفاء على غسل الوجه فانظر ثمة

﴿فروع﴾ قذفها ثم طلقها بائنا سقط اللعان ولا يجب الحد ولو تزوجها بعد ذلك لان الساقط لا يعود وهو قول الائمة الاربعة ولو قذف أجنبية ثم تزوجها ثم قذفها ثانيا وجب الحد بالاول واللعان بالثاني و يحد للاول ليسقط اللعان ولو طلبت اللعان أولا يلاعن ثم يحد بخلاف حدود القذف اذا اجتمعت فانه يكفي حد واحد لاتحاد الجنس ولو قال قذفتك قبل أن أتزوجك أو زنيت قبل أن أتزوجك فهو قذف في الحال فتلاعن وقال مالك والشافعي يحد وما في خزانة الاكمل من أنه يلاعن في قوله زنيت قبل أن أتزوجك و يحد في قوله قذفتك قبل أن أتزوجك أوجه قذفها ثم زنت أو وطئت بشبهة فلا حد ولا لعان و يسقط اللعان بردتها ولو أسلمت بعده لا يعود ولو قذفها ثم أبانها سقط اللعان ولو أكذب نفسه بعد ذلك لا يحد بخلاف ما لو أكذب نفسه بعد اللعان (قوله لانه أقطع للاحتمال) أي لاحتمال ان يضمر مرجعا للضمير الغائب غيرها بخلاف الخطاب وتقول هي أيضا انك لمن الكاذبين فيما رميتني به من الزنا والاولى ان يقيمهما القاضي متقابلين و يقول له التعن (قوله اذا انضمت اليه الاشارة انقطع الاحتمال) يعني انقطع احتمال ضمير الغائب لأن المراد ان انقطاع الاحتمال مشروط باجتماعهما لان الاشارة بانفرادها لا احتمال معها (قوله لا تقع الفرقة) حتى لو مات أحدهما قبل تفريق

قوله (وصفة اللعان أن يبتدئ القاضي) صفة اللعان على ماذكره في الكتاب وهو واضح وقوله (فاذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما) يفيد انه لو مات أحدهما بعد الفراغ من التلاعن قبل تفريق الحاكم توارثا

قال المصنف (وتقول في الخامسة غضب الله عليها) أقول قال الزيلعي وانما خصت المرأة بالغضب لان النساء يستعملن اللعن كثيرا فلا تقع المبالاة به وتخاف من الغضب اه في الحديث انهن يكثرن اللعن و يكفرن العشير

(وقال زفر تقع الفرقة بتلاعنهما لانه يثبت الحرمة المؤبدة بالحديث) يعني قوله صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لا يجتمعان أبدا نفي الاجتماع بعد التلاعن وهو تنصيص على وقوع الفرقة بينهما بالتلاعن (ولنا قوله تعالى فامساك بمعروف أو تسريح باحسان) ووجه الاستدلال (ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح باحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم) وقوله (دل عليه) أي على أن لا تقع الفرقة حتى يفرق القاضي ولو قال دل عليه أيضا كان أولى فتأمل وقوله (قول ذلك الملاعن) يريد به عويمرا العجلاني فانه قال عند النبي صلى الله عليه وسلم بعد اللعان كذبت عليها ان أمسكتها هي طالق ثلاثا ولم ينكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم ولو وقعت الفرقة بينهما لانكر رسول الله صلى الله عليه وسلم فان قيل قد أنكر عليه بقوله اذهب فلا سبيل لك عليها أجيب بان ذلك منصرف الى طلبه رد المهر فانه روى انه قال ان كنت صادقا فهو لها بما استحللت من فرجها وان كنت كاذبا فلا سبيل لك عليها والجواب عن استدلال زفر بالحديث يجيء (ثم اذا فرق الحاكم تكون الفرقة تطليقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد لان فعل القاضي انتسب اليه لنيابته عنه كما في العنين)

وقال زفر تقع بتلاعنهما لانه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث ولنا ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم دل عليه قول ذلك الملاعن عند النبي صلى الله عليه وسلم كذبت عليها يا رسول الله ان أمسكتها هي طالق ثلاثا قاله بعد اللعان (وتكون الفرقة تطليقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد) رحمهما الله لان فعل القاضي انتسب اليه كما في العنين

القاضي ورثه الآخر ولو زالت أهلية اللعان في هذه الحالة بما لا يرجى زواله بأن أكذب نفسه أو قذف أحدهما انسانا فحد للقذف أو وطئت هي وطأ حراما أو خرس أحدهما لم يفرق بينهما بخلاف ما اذا جن قبل التفريق حيث يفرق بينهما لانه يرجى عود الاحصان ولو ظاهر منها في هذه الحالة أو طلقها أو آلى منها صح لبقاء النكاح غير ان وطأها محرم كما ستعلم ولو فرق القاضي بينهما بعد التعانهما ثلاثا خطأ أنفذ تفريقه عندنا وعند زفر وبقية الائمة لا ينفذ (قوله بالحديث) يشير به الى حديث المتلاعنان لا يجتمعان أبدا فانه يفيد تعلق عدم الاجتماع باللعان كما هو المعروف من ان ترتيب الحكم على مشتق يفيد ان مبدأ اشتقاقه علته وسيأتي الكلام على هذا الحديث وقال الشافعي رحمه الله بمجرد لعان الزوج تثبت الفرقة بينهما ولا نعلم له في ذلك دليلا مستلزما لوقوع الفرقة بمجرد لعانه قيل وينبغي على هذا أن لا تلاعن المرأة أصلا لانها ليست زوجة والتمسك بمروى زفر انما يفيد حرمتها بلعانهما لا بلعان أحدهما وهذا لان حقيقته حال اشتغالهما باللعان وهو لا يدخل في الوجود جملة بل على التعاقب فتعذر ارادتها وأقرب الاوقات الى الحقيقة ما يعقب فراغهما من غير مهلة فاعتبرناه وبه نقول وليس يلزم من حرمتها وقوع الفرقة وما ذكروه من المعنى وهو انهما لا يأتلفان بعد التلاعن فليس بقطعي في ذلك بل ولا ظاهر بل يجوز حدوث الالفة بعد غاية العداوة كما يجوز بقاء العداوة ولو كان ظاهرا لم يقتض وقوع الفرقة بل يوجب عليه التسريح باحسان فانه بثبوت الحرمة فات الامساك بمعروف فيؤمر بالتسريح باحسان كما فيما اذا ثبتت الحرمة بالظهار فانها اذا طالبته أمره القاضي بالتسريح أو التكفير الا أن الظلم هنا لا ينتهي بكل من الامرين بل بأمر واحد هو الطلاق فيحصر أمره فيه فاذا امتنع ناب منابه لانه نصب لدفع الظلم ويدل على هذا ما في الصحيحين عن ابن عمر ان رجلا لاعن امرأته على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ففرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بامه وما أخرجاه أيضا في حديث عويمر العجلاني لما فرغا من لعانهما قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله ان أمسكتها فطلقها عويمر ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه

(قوله يعني قوله صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لا يجتمعان أبدا نفي الاجتماع) أقول هذا دليل آخر غير ما ذكره المصنف كما لا يخفى (قوله وهو تنصيص الخ) أقول يعني نفي الاجتماع كالتنصيص فان نفي الاجتماع يستلزم الافتراق (قوله ووجه الاستدلال الى قوله ولو قال دل عليه أيضا كان أولى فتأمل) أقول فيه بحث فان زفر يقول ثبت التسريح بنفس التلاعن الا أن يحمل كلامهما على المنع والسند يعني لا نسلم ان ثبوت الحرمة يستلزم ثبوت الفرقة كما في الظهار بل يستلزم فوات الامساك بالمعروف واذا حمل على ما ذكرنا يظهر وجه ترك المصنف لفظة أيضا لعدم وفاء ما تقدمه بالمطلوب فتأمل قال المصنف (دل عليه قوله عليه السلام) أقول فيه بحث فان الثابت منه صلى الله عليه وسلم تقرير الملاعن على قوله ان أمسكتها فهي طالق ثلاثا (قوله أجيب بان ذلك منصرف الى طلبه رد المهر الخ) أقول الذي في كتب الحديث ان قوله صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها انما هو قبل سؤاله المهر ولا يكون الجواب قبل السؤال قال المصنف (لان فعل القاضي انتسب اليه) أقول فعله هو التفريق المقرون بالحرمة وذلك هو معنى البائن وسيجيء وجه آخر في باب العنين

(وهو خاطب اذا أكذب نفسه) عندهما وقال أبو يوسف هو تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لايجتمعان أبدا نص على التأبيد ولهما ان الاكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لاحكم لها ولا يجتمعان ماداما متلاعنين ولم يبق التلاعن ولاحكمه بعد الاكذاب فيجتمعان

عليه وسلم وهو الذى عنى المصنف بقوله يدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم لذلك الملاعن الى آخره لكن الصواب ماعلمت ان القائل هو الرجل نفسه وكذبت بضم التاء على المتكلم قال ابن شهاب فكانت سنة المتلاعنين ورواه أبوداود وقال فطلقها ثلاث تطليقات فأنفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان ماصنع عند رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة قال سهل حضرت هذا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فمضت السنة بعد فى المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لايجتمعان أبدا قال البيهقى قال الشافعى ان عويمرا حين طلقها ثلاثا كان جاهلا بأن اللعان فرقة فصار كمن شرط الضمان فى السلف وهو يلزمه شرط أولم يشرط وتفريق النبى صلى الله عليه وسلم فى حديث ابن عمر تفريق حكم لافرقة الزوج وقول الزهرى وسهل فكانت سنة المتلاعنين أى الفرقة قال البيهقى والذى يدل على ذلك ماأخرجه أبوداود فى سننه عن ابن عباس رضى الله عنهما فى قصة هلال بن أمية ولعانه قال وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ليس لها عليه قوت ولاسكنى من أجل انهما يفترقان بغير طلاق ولامتوفى عنها وأجيب بأنه لو وقعت الفرقة بمجرد اللعان لانكر عليه النبى صلى الله عليه وسلم تطليقه وقوله صلى الله عليه وسلم لاسبيل لك عليها انما هو انكار طلب ماله منها على مايدل عليه تمام الحديث وهو قوله يارسول الله مالى قال لامال لك ان كنت صدقت عليها فهو بما استحللت من فرجها وان كنت كذبت عليها فذلك أبعد لك منها فدل تفريقه صلى الله عليه وسلم على وقوع الطلاق فلا يعارضه قول ابن عباس رضى الله عنهما من أجل انهما يفترقان بغير طلاق فانه من قوله وقد يقال ليس هذا مما يكون ترك الانكار فيه حجة لانا لم ندع فيه انه محرم حتى يكون ترك الانكار فيه حجة علينا انما ادعينا انه وقع لغوا فالسكوت عدم الالتفات اليه ويجاب بأنه يستلزم مفسدة حينئذ لان السكوت يفيد تقريره وانه الواقع فلو كان الواقع وقوع الفرقة قبله كان السكوت مفضيا الى المفاسد لانه يفيد تقرير وقوعه الآن فيستلزم فيمن لو فرض عدم طلاقه أو تأخير الطلاق حتى اعترض موت أحدهما أو تكذيبه نفسه قبل طلاقه وطلاق القاضى حتى ظن حلها فجامعها قبل تجديد النكاح وتوريث الآخر والواقع ان الفرقة وقعت قبله فلا يجوز السكوت مع الافضاء الى مثل هذا فان دفع بأن المدة التى يتوهم فيها وقوع الموت يسيرة جدا اذ الفرض أن بمجرد الفراغ عندنا يأمره القاضى ان يطلق فان أبى طلق هو والموت فى مثلها أندر نادر قلنا ولو كان لايجوز لانه ترك هو علامة حكم وليس هو مشروعا وأيضا الحديث ابن عمر فانه قال فيه فأنفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم يعنى أمضى ذلك الطلاق وهو حجة على من قال ان الطلاق الثلاث لايقع أو تقع واحدة ثم هو أولى من حديث ابن عباس لانه رفع امضاءه صلى الله عليه وسلم الطلاق وذلك انما يكون بعفهم اعتبار ذلك منه صلى الله عليه وسلم (قوله وهو خاطب الخ) يعنى اذا أكذب نفسه بعد اللعان والتفريق وحد أولم يحد صار خاطبا من الخطبة يحل له تزوجها خلافا لابى يوسف ولو أكذب نفسه بعد اللعان قبل التفريق حلت له من غير تجديد عقد النكاح كذا فى الغاية ولو أكذب نفسه قبل اللعان نظر فان لم يطلقها قبل الاكذاب حد أيضا وان أبانها ثم أكذب نفسه فلا حد عليه ولا لعان لان اللعان أثره التفريق بينهما وهو لايتأتى بعد البينونة ولايجب الحد لان قذفه وقع موجبا للعان فلا ينقلب موجبا للحد لان القذف الواحد لايوجب حدين بخلاف اكذاب نفسه بعد اللعان لان حده حينئذ للقذف الذى تضمنه كلمات اللعان لاالقذف الاول لانه أخذ حكمه من اللعان ولذا يحد شهود الزنا اذا رجعوا لتضمن شهادتهم نسبته الى الزنا وعلى هذا لوقال يازانية أنت طالق ثلاثا

هنالك فيما اذا أكذب نفسه بعد اقامة الحد عليه وهنا ليس كذلك وبهذا يظهر انه لاتكرار

لقوله عليه السلام المتلاعنان لايجتمعان أبدا) نص على التأبيد وهو ينافى عوده خاطبا (ولهما أن الاكذاب) أى الاقرار بالكذب (رجوع عن الشهادة والرجوع عنها يبطل حكمها ولامنافاة بين نص التأبيد والعود خاطبا لان معناه لايجتمعان ماداما متلاعنين لانهما يكونان متلاعنين إما حقيقة بمباشرتهما اللعان أو مجازا باعتبار بقاء حكمه ولم يبق شئ بعد الاكذاب أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلانه لما أكذب نفسه وجب عليه الحد فبطلت أهلية اللعان واذا بطلت الاهلية ارتفع حكمه فيجتمعان

(قوله لانهما يكونان متلاعنين) أقول الاظهر أن يقول وكونهما متلاعنين الخ (قوله وجب عليه الحد) أقول يعنى بكلمات اللعان كما يجئ (قوله فبطلت أهلية اللعان الخ) أقول بطلان أهلية اللعان انما يكون باقامة الحد عليه لابوجوبه فقط والاصوب طرح لفظة الاهلية من البين فليتأمل ويجئ بعد سطور مايتبهك ماقلت وما غير الشارح الاقول المصنف فى تعليل قول القدورى فان عاد الزوج وأكذب نفسه الخ الا ان وضع المسئلة

(ولو كان القذف بولد نفى القاضى نسبه وألحقه بامه)

(ولو كان القذف بولد نفى القاضى النسب من الاب وألحقه بامه)

لا يجب عليه الحد ولا اللعان لانه قذفها وهى زوجة ثم بانت ولو قال أنت طالق ثلاثا يا زانية حد وكما تحل له باكذاب نفسه بعد اللعان كذلك تحل له لو قذفت شخصا أجنبيا بعده فحدت أو قذف هو أجنبيا فحد أو زنت أو ارتد أحدهما حتى خرج بذلك أحدهما من أن يكون أهلا للشهادة لارتفاع السبب الذى لاجله افترق المتلاعنان وهو على ما قالوا انه كى لا يتكرر اللعان بان يقذفها مرة أخرى وهو لم يشرع بين الزوجين الا مرة فى العمر أو بخلو القذف عن الموجب فى الدنيا فبخروج أحدهما عن الاهلية وقع الامن من ذلك وقال أبو يوسف رحمه الله اذا افترق المتلاعنان فلا يجتمعان أبدا فيثبت بينهما حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع وبه قالت الائمة الثلاثة واذا كانت حرمة مؤبدة لا تكون طلاقا بل فسخا ويلزم على قول أبى يوسف أنه لا يتوقف على تفريق القاضى لان الحرمة ثابتة قبله اتفاقا وكذا الخلاف فى كون الزوجية قائمة معها كما تكون بالظهار أو زالت فاذا فرض أن هذه الحرمة من حين تثبت تثبت مؤبدة لم يتصور توقفها على تفريق القاضى واستدلوا بالحديث المذكور فى الكتاب وروى الدارقطنى باسناده من حديث ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال المتلاعنان اذا افترقا لا يجتمعان أبدا وقد طعن الشيخ أبو بكر الرازى فى ثبوته عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لكن قال صاحب التنقيح اسناده جيد ومفهوم شرطه يستلزم انهما لا يفترقان بمجرد اللعان للمتأمل فهو حجة على الشافعى على مقتضى رأيه وأخرجه الدارقطنى أيضا موقوفا عن على وابن مسعود قالا مضت السنة المتلاعنان لا يجتمعان أبدا وروى عبد الرزاق عن عمر وابن مسعود المتلاعنان لا يجتمعان أبدا ورواه ابن أبى شيبة موقوفا على عمر وابن عمر وابن مسعود أجاب المصنف بقوله ولا يجتمعان ما داما متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه يعنى ان الحكم فى هذه القضية بعدم الاجتماع بشرط وصفية الموضوع فهى القضية المسماة بالمشروطة ولم يبقيا بمجرد الفراغ من اللعان متلاعنين فلم يبق اللعان حقيقة ولا حكما بالاكذاب لنفسه لثبوت النسب ان كان القذف بنفى الولد ولزوم الحد وحكمه عدمه فقد انتفت اللوازم الشرعية وذلك يستلزم انتفاء ملزومها شرعا فينتفى الحكم المذكور وهو عدم حل الاجتماع فثبت نقيضه وهو حل الاجتماع وهذا بناء على أن المراد بلفظ المتلاعنين من بينهما تلاعن قائم حكما لما قدمناه من أن ارادتهما باعتبار قيام التلاعن حقيقة متعذر ولا شك أنه يثبت قيام التلاعن حكما بتقدير أن يراد من وجد بينهما تلاعن فى الخارج وعلى هذا التقدير لا يجتمعان بعد الاكذاب اذ ارتفاع حكمه وقطع اعتباره قائما شرعا عند الاكذاب لا يوجب ارتفاع كونه قد تحقق له وجود فى الخارج ولكن بقى النظر فى أى الاحتمالين أرجح وأظن ان الثانى أسرع الى الفهم والله أعلم وأما ما استدل به من المعنى وهو لزوم العداوة والضغينة بحيث يمتنع حصول الانتظام فقد منا منعه وما ذكره بعضهم من أن سبب تأبد الحرمة كون أحدهما صار ملعونا أو مغضوبا عليه فما أبعده عن الفقه اذ لا شك فى بقاء اسلام كل منهما غير أنه صنع كبيرة تصح منها التوبة بفضل ذى الفضل جل جلاله وهذا القدر لا يمنع التناكح (قوله ولو كان القذف بولد نفى القاضى نسبه وألحقه بامه) شرط هذا الحكم أن يكون العلوق فى حال يجرى بينهما فيه اللعان حتى لو علق وهى كافرة أو أمة ثم عتقت وأسلمت فنفى نسب ولدها لا ينتفى ولا تلاعن لان انتفاءه انما يثبت شرعا حكما للعان ولا لعان بينهما ولان نسبه كان ثابتا على وجه لا يمكن قطعه فلا ينقطع والله أعلم وفى الذخيرة لا يشرع اللعان بنفى الولد فى المجبوب والخصى ومن لا يولد له ولد لانه لا يلحق به الولد وفيه نظر لان المجبوب ينزل بالسحق ويثبت نسب ولده على ما هو المختار ولا لعان فى القذف بنفى الولد فى نكاح فاسد وعند الشافعى وأحمد يجب اللعان به وكذا فى نفيه من وطء بشبهة وعند أبى يوسف فيهما الحد واللعان لانه يلحقهما بالنكاح الصحيح وفى الذخيرة قذفها بنفى ولدها فلم يلتعنا حتى قذفها أجنبى به فحد

الاجنبى

وصورة اللعان أن يأمر الحاكم الرجل فيقول أشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتك به من نفى الولد وكذا فى جانب المرأة (ولو قذفها بالزنا ونفى الولد ذكر فى اللعان الامرين ثم ينفى القاضى نسب الولد ويلحقه بامه) لما روى أن النبى عليه السلام نفى ولد امرأة هلال بن أمية عن هلال وألحقه بها ولان المقصود من هذا اللعان نفى الولد فيوفر عليه مقصوده

الاجنبى يثبت نسب الولد من الزوج ولا ينتفى بعد ذلك لانه لما حد قاذفها حكم بكذبه (قوله وصورة اللعان) أى فى القذف بنفى الولد (قوله لما روى انه صلى الله عليه وسلم نفى نسب ولد امرأة هلال) قيل انه غلط فانه لم يكن لامرأة هلال ولد ولا قذفها بنفى ولد وقيل المراد بنسب ولدها الذى أتت به فانها حملت من الوطء الذى قذفها به والحديث فى البخارى وأبى داود تختلف ألفاظهما وتتفق عن ابن عباس قال جاء هلال بن أمية من أرضه عشاء فوجد عند أهله رجلا فرأى ذلك بعينيه وسمع بأذنيه فلم يهجه حتى أصبح ثم غدا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله انى جئت اهلى عشاء فوجدت عندهم رجلا فرأيت بعينى وسمعت بأذنى فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ماجاء به واشتد عليه فنزلت والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم الآية فسرى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ابشر ياهلال فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا قال هلال قد كنت أرجو ذلك من ربى سبحانه وتعالى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أرسلوا اليها فجاءت فتلا عليهما رسول الله صلى الله عليه وسلم الآية وذكرهما وأخبرهما ان عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا وقال هلال والله لقد صدقت عليها فقالت كذبت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعنوا بينهما فشهد هلال أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين فلما كانت الخامسة قيل له اتق الله فان عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وان هذه هى الموجبة التى توجب عليك العقاب فقال والله لا يعذبنى الله عليها كما لم يجلدنى الله عليها فشهد الخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا ثم قيل لها اشهدى فشهدت أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين فلما كانت الخامسة قيل لها اتقى الله فان عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وان هذه هى الموجبة التى توجب عليك العقاب فتلكأت ساعة ثم قالت والله لا أفضح قومى فشهدت الخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماها به ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقضى أن لا يدعى ولدها لاب ولا ترمى ولا يرمى ولدها ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد وقضى أن لا يثبت لها عليه سكنى ولا قوت من أجل انهما يفترقان من غير طلاق ولا متوفى عنها وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان جاءت به أصيهب أو أريصح أثيبج ناتئ الاليتين حمش الساقين فهو لهلال وان جاءت به أورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو للذى رميت به فجاءت به أورق الى آخر الاوصاف الثانية فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لولا الايمان لكان لى ولها شأن قال عكرمة وكان ولدها بعد ذلك أميرا على مصر وما يدعى لاب هذه فى لفظ أبى داود وفى رواية أخرى سائر اليوم لا أفضح قومى وفى مسلم والنسائى عن أنس ان هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء وكان أخا البراء بن مالك لامه وكان أول رجل لاعن فى الاسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انظروها فان جاءت به أبيض سبطا قضىء العينين فهو لهلال بن أمية وان جاءت به أكحل جعدا حمش الساقين فهو لشريك بن سحماء قال فأنبئت انها جاءت به أكحل جعدا حمش الساقين فهذا وما قبله يدل على انها كانت حاملا وقطع نسب الولد الذى تأتى به وفى سنن النسائى أيضا عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعن بين العجلانى وامرأته وكانت حبلى وأخرجه عبد الرزاق هكذا أيضا وقال زوجها ماقربتها منذ عفار النخل وعفار النخل انها كانت لا تسقى بعد الابار بشهرين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اللهم بين فجاءت بولد على الوجه المكروه

وصورة اللعان فى ذلك أن يأمر الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله الخ) وهو ظاهر (وقوله ولان المقصود من هذا اللعان نفى الولد) حيث كان القذف به (فيوفر عليه) أى على الزوج (مقصود

(قوله فيوفر عليه أى على الزوج مقصوده) أقول وعندى ان مرجع الضميرين البارزين هو اللعان والاضافة لادنى ملابسة

فالقضاء بالتفريق يكون متضمنا) لنفيه فلا يحتاج أن ينفي القاضي نسبه ويلحقه بامه (وعن أبي يوسف ان القاضي يفرق بينهما ويقول قد ألزمته أمه وأخرجته من نسب الاب) حتى لو لم يقل ذلك لم ينتف النسب عنه (لانه) أي نفي الولد (ينفك عنه) أي عن التفريق اذ ليس من ضرورة التفريق باللعان نفي الولد كما لو مات الولد فانه يفرق بينهما باللعان ولا ينتفي النسب عنه فلا بد أن يصرح القاضي بنفي النسب عنه رواه بشر عن أبي يوسف (فان عاد الزوج وأكذب نفسه) بعد اللعان (حده القاضي لاقراره بما يوجب الحد عليه) قال في النهاية هذا اذا لم يطلقها تطليقة بائنة بعد القذف فانه اذا أكذب نفسه بعد القذف والبينونة لا يجب عليه الحد واللعان اما اللعان فلان المقصود باللعان التفريق بينهما ولا يتأتى ذلك بعد البينونة فلا معنى للعان لفوات المقصود ولا حد عليه لان قذفه كان موجبا للعان والقذف الواحد لا يوجب حدين بخلاف ما لو أكذب نفسه بعد ما لاعنها لان وجوب اللعان هنالك بأصل القذف والحد بكلمات اللعان فقد نسبها فيها الى الزنا وانتزع معنى الشهادة منها باكذابه نفسه فيكون هذا نظير شهود الزنا اذا رجعوا واما فيما قلنا فلم يوجد كلمات اللعان فلهذا لا يحد وان اكذب نفسه فلو قال أنت طالق ثلاثا يا زانية كان عليه الحد لانها بانت بالتطليقات الثلاث وانما قذفها بالزنا بعد البينونة فعليه الحد ولو قال يا زانية أنت طالق ثلاثا لم يلزمه حد ولا لعان لانه قذفها وهي منكوحته ثم أبانها بالتطليقات وقد بينا انه بعد قذفها اذا أبانها لم يلزمه حد ولا لعان كذا في المبسوط (وقوله وحل له أن يتزوجها) تكرار لقوله وهو خاطب اذا أكذب نفسه عندهما ويجوز أن يقال ذكره هنالك تفريعا ونقل ههنا لفظ القدوري وقوله (وكذلك ان وزان قذف غيرها فحد به) يعني جاز له أن يتزوجها وقوله (لما بينا) يريد به قوله لانه لما حد لم يبق أهلا للعان

فيتضمنه القضاء بالتفريق وعن أبي يوسف ان القاضي يفرق ويقول قد ألزمته أمه وأخرجته من نسب الاب لانه ينفك عنه فلا بد من ذكره (فان عاد الزوج وأكذب نفسه حده القاضي) لاقراره بوجوب الحد عليه (وحل له أن يتزوجها) وهذا عندهما لانه لما حد لم يبق أهلا للعان فارتفع حكمه المنوط به وهو التحريم (وكذلك ان قذف غيرها فحد به) لما بينا

وروى ابن سعد في الطبقات في ترجمة عويمر عن عبد الله بن جعفر قال شهد عويمر بن الحرث العجلاني وقد رمى امرأته بشريك بن سحماء وأنكر حملها فلاعن بينهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي حامل فرأيتهما يتلاعنان قائمين عند المنبر ثم ولدت فألحق الولد بالمرأة وجاءت به أشبه الناس بشريك بن سحماء وكان عويمر قد لامه قومه وقالوا امرأة لا نعلم فيها الا خيرا فلما جاء الشبه بشريك عذره الناس وعاش المولود سنتين ثم مات وعاشت أمه بعده يسيرا وصار شريك بعد ذلك عند الناس بحال سوء قال الواقدي وحدثني غير الضحاك بن عثمان ان عويمرا فساق الحديث الى أن قال ولم يحد رسول الله صلى الله عليه وسلم عويمرا في قذفه شريك بن سحماء وشهد عويمر بن الحرث وشريك بن السحماء أحدا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ففي هذا ان الولد عاش سنتين ومات ونسبه ما نسب في قصة هلال الى شريك اليه أيضا في قصة عويمر قيل ويجمع بينهما بأنهما واقعتان وفي النفس منه شيء وفي الصحيحين أيضا في قصة هلال عن ابن عباس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اللهم بين فوضعت شبيها بالذي ذكر زوجها انه وجد عند أهله فلاعن بينهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي هذا ان اللعان بينهما كان بعد الوضع وفيما تقدم خلافه وهذا تعارض (قوله فيتضمنه القضاء الخ) أي يثبت قطع النسب في ضمن القضاء بالتفريق (قوله وعن أبي يوسف ان القاضي يفرق الخ) أي لا يثبت قطع النسب ضمنا للتفريق لانه أي التفريق باللعان (قوله ينفك عنه) أي عن نفي الولد كما لو مات الولد قبل اللعان فانه يفرق بينهما باللعان ولا ينقطع نسب ذلك الولد ولو نفى نسب أم الولد انتفى الولد ولا لعان ولا تفريق به (قوله فلا بد من ذكره) حتى لو لم يقله لا ينتفي النسب عنه قال شمس الائمة هذا صحيح ولو مات الولد عن مال فادعى الملاعن لا يثبت نسبه ويحد فلو كان قد ترك ولدا يثبت نسبه من الاب وورثه الاب لاحتياج الحي الى النسب ولو ترك بنتا ولها ابن فأكذب الملاعن نفسه يثبت نسبه عند أبي حنيفة خلافا لهما وقيل الخلاف على العكس لهما ان الابن يعير بانتفاء نسب أمه كأبيه فهو محتاج الى ثبوت نسبها (قوله فان عاد الزوج فأكذب نفسه) أي بعد اللعان ونفي الولد (قوله وهذا عندهما) أي عند أبي حنيفة ومحمد على ما سبق (قوله وكذلك ان قذف غيرها الخ) على

قال المصنف (فان عاد الزوج وأكذب نفسه حده القاضي) أقول في النهاية اذا لم يطلقها تطليقة بائنة بعد القذف اه يعني بعد القذف قبل اللعان (قوله قال في النهاية هذا اذا لم يطلقها) أقول لا معنى لهذا الكلام بعد تقييد المسئلة بقوله بعد اللعان (قوله بخلاف ما لو أكذب نفسه بعد ما لاعنها) أقول وأما اذا أكذب نفسه قبل التطليق واللعان فانه يحد اذ حينئذ ينقلب قذفه سببا للحد لتعذر اللعان من جهته ولا مجال لذلك المقال اذا أكذب بعد التطليق لان المقصود باللعان لما حصل كأنه حصل نفسه فيقرر سببية اللعان تأمل والله المستعان وبعبارة أخرى تعذر اللعان لمعنى من جهته فيصير الى الموجب الاصلي كما سبق وفي الاكذاب بعد التطليق حصل المقصود بالحلف فلا يصار الى الاصل (قوله تكرار لقوله) أقول وفيما قدمنا في أول هذا الورق ما ينبهك على انه لا تكرار

(وكذا اذا زنت فحدت) لانتفاء أهلية اللعان من جانبها (واذا قذف امرأته وهى صغيرة أو مجنونة فلا لعان بينهما) لانه لا يحد قاذفها لو كان أجنبيا فكذا لا يلاعن الزوج لقيامه مقامه (وكذا اذا كان الزوج صغيرا أو مجنونا) لعدم أهلية الشهادة (وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان) لانه يتعلق بالصريح كحد القذف وفيه خلاف الشافعي وهذا لانه لا يعرى عن الشبهة والحدود تندرئ بها (واذا قال الزوج ليس حملك منى فلا لعان بينهما) وهذا قول أبى حنيفة وزفر لانه لا يتيقن بقيام الحمل فلم يصر قاذفا وقال أبو يوسف ومحمد اللعان يجب بنفى الحمل اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر وهو معنى ما ذكر فى الاصل لانا تيقنا بقيام الحمل عنده فيتحقق القذف قلنا اذا لم يكن قذفا فى الحال يصير كالمعلق بالشرط فيصير كأنه قال ان كان بك حمل فليس منى والقذف لا يصح تعليقه بالشرط

وزان ما قدمنا فى زوال الاهلية بعد اللعان بالقذف بمجرد الزنا (قوله وكذا اذا زنت فحدت) قيل لا يستقيم لانها اذا حدت كان حدها الرجم فلا يتصور حلها للزوج بل بمجرد ان تزنى تخرج عن الاهلية ولذا أطلقنا فيما قدمناه ومنهم من ضبطه بتشديد النون بمعنى نسبت غيرها للزنا وهو معنى القذف فيستقيم حينئذ توقف حلها للاول على حدها لانه حد القذف وتوجيه تخفيفها أن يكون القذف واللعان قبل الدخول بها ثم زنت فحدت فان حدها حينئذ الجلد لا الرجم لانها ليست بمحصنة واستشكل بان زوال أهلية الشهادة بطرو الفسق مثلا لا يوجب بطلان ما حكم به القاضى عنها فى حال قيام العدالة فلا يجب بطلان ذلك اللعان السابق الواقع فى حال الاهلية ليبطل أثره من الحرمة (قوله ولو قذفها وهى صغيرة أو مجنونة) قذفا مقتصرا (فلا لعان) وكذا لو أسند القذف وهى ممن يحد قاذفها فى الحال بان قال زنيت وأنت صبية أو مجنونة وجنونها معهود ولم يكن قذفا فى الحال لان فعلها لا يوصف بالزنا بخلاف قوله زنيت وأنت ذمية أو منذ أربعين سنة وعمرها أقل من ذلك فانه يقتصر (قوله لانه) أى اللعان يتعلق بالصريح كحد القذف ولانه شهادة حتى يختص بلفظ الشهادة فلو قال أحلف مكان أشهد لا يجوز ولا شهادة للاخرس فى الاموال فههنا أولى وكذا اذا كانت خرساء لا لعان لان قذفها لا يوجب الحد لاحتمال أنها تصدقه أو لتعذر الاتيان بلفظ الشهادة (قوله وفيه خلاف الشافعى) ومالك والظاهر به فيلاعن بالاشارة عندهم اعتبره بوقوع طلاقه وصحة بيعه وسائر تصرفاته وقالوا ان أمامة بنت أبى العاص اصمتت فقيل لها الفلان كذا أو الفلان كذا فأشارت أى نعم فرأوا أنها وصية قلنا لم يثبت ذلك ولو ثبت فتجويز الوصية ممن اعتقل لسانه بالاشارة لا يستلزم جواز حده بها فلا يجوز اللعان لان الاشارة لا تعرى عن الشبهة والحد يندرئ بها بخلاف غيره فانه يثبت معها (قوله وهذا قول أبى حنيفة وزفر) وبه قال أحمد والثورى والحسن البصرى والشعبى وابن أبى ليلى وأبو ثور وبقولهما قال مالك وأبو حنيفة أولا (قوله وقال أبو يوسف ومحمد اللعان يجب الخ) يعنى وقت الوضع اذا وضعته لاقل من ستة أشهر من وقت القذف للتيقن بقيام الحمل عند القذف وذكر الطحاوى عن أبى يوسف انه يلاعن قبل الولادة كقول الشافعى لحديث هلال بن أمية أنه صلى الله عليه وسلم لاعن بينهما وكان قذفها حاملا على ما تفيده القصة التى ذكرناها (قوله يصير كالمعلق) كأنه قال ان كان فى بطنك ولد فهو من الزنا ولو قاله لا يلزمه الحد فكذا ما بمعناه وان لم يكن حقيقة المعلق اذ بالولادة يظهر انه كان قذفا منجزا لكن فيه شبهة التعليق اذ فى كل موقوف شبهة التعليق اذ لا يعرف حكمه الا بعاقبته فهو كالشرط فى حقنا وشبهة التعليق كحقيقته فيما يندرئ بالشبهات وبثبوت الشبهة امتنع لعانها حاملا عندنا لا ان الحمل وان ترتب عليه أحكام كرد المبيعة به والارث له والوصية به وله فلا

(وكذا اذا زنت فحدت) له ان يتزوجها (لانتفاء أهلية اللعان من جانبها) فان قيل لما جرى اللعان بينهما علم أنهما زوجان على صفة الاحصان والمرأة والرجل اذا زنيا بعد احصانهما رجما فحينئذ كان قوله فحدت معناه رجمت فبعد ذلك أنى تبقى محلا للتزوج أجيب بان معنى قوله حدت جلدت وتصوير المسئلة أن يتلاعنا بعد التزوج قبل الدخول ثم انها زنت بعد اللعان فكان حدها الجلد دون الرجم لانها ليست بمحصنة لان من شروط احصان الرجم الدخول بعد النكاح الصحيح ولم يوجد قال (واذا قذف امرأته وهى صغيرة أو مجنونة فلا لعان بينهما لانه لا يحد قاذفها لو كان القاذف أجنبيا) لعدم احصانهما لان من شرطه البلوغ والعقل (فكذا لا يلاعن الزوج لقيام اللعان مقام حد القذف وكذا اذا كان الزوج صغيرا أو مجنونا لعدم الاهلية) لكونه غير مخاطب (وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان) لانه قائم مقام حد القذف وحد القذف لا يثبت الا بالصريح فكذلك اللعان (وفيه خلاف الشافعى) هو يقول اشارة الاخرس كعبارة الناطق (ولنا ان الاشارة لا تعرى عن الشبهة) لكونها محتملة (والحدود تندرئ بالشبهات) واللعان فى معنى الحد وقوله (واذا قال الزوج ليس حملك منى) ظاهر والضمير فى قوله بقيام الحمل عنده للقذف وقوله (والقذف لا يصح تعليقه بالشرط) انما كان كذلك لان القذف مما لا يحلف به لافضائه الى ابقائه الى زمان وجود الشرط فى ذمة الحالف وفى ذلك احتيال لاثبات ما يندرئ بالشبهات

(وان قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا) ظاهر وقوله (وقد قذفها حاملا) روى انه صلى الله عليه وسلم قال ان جاءت به أصيهب أريصح حمش الساقين فهو لهلال وفى رواية احيمر قصيرا وان جاءت به اسود جعدا جماليا فهو لشريك فجاءت به على النعت المكروه فقال صلى الله عليه وسلم لولا الايمان التى سبقت لكان لى ولها شان (ولنا ان نفى الولد حكم من أحكامه والاحكام لا تترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله) أى قبل انفصال الولد أو قبل حصول الولادة فان قيل بل تترتب عليه قبلها كالرد بالعيب والميراث والوصية به وله أجيب بان اللعان فى حق الزوج بمنزلة الحد فلا يقام مع الشبهة بخلاف الرد بالعيب لانه يثبت مع الشبهات والارث والوصية يتوقفان على انفصال الولد ولا يتقرر فى الحال وحاصل الجواب ان قوله الاحكام لا تترتب راد به بعضها ونفى الولد منها لئلا يلزم اقامة الحد مع قيام الشبهة (والحديث) أى حديث هلال (محمول على أنه عرف قيام الحبل بطريق الوحى) بدليل ماروينا انه صلى الله عليه وسلم قال ان جاءت به كذا كان كذا ومثل ذلك لا يعرف الا بطريق الوحى وقوله (واذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة أو فى الحالة التى تقبل التهنئة) قال فى النهاية على بناء المفعول لا الفاعل لانه لو قبل الاب التهنئة ثم نفى لا يصح نفيه وهو ظاهر وقوله (يصح نفيه فى مدة النفاس) يعنى اذا كان حاضرا (ولابى حنيفة انه لا معنى للتقدير بمدة لان الزمان للتأمل) لئلا يقع فى نفى الولد مجازفا (وأحوال الناس فى ذلك مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه) أى على عدم النفى وهو قبوله التهنئة

(وان قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا) لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحا (ولم ينف القاضى الحمل) وقال الشافعى ينفيه لانه عليه السلام نفى الولد عن هلال وقد قذفها حاملا ولنا ان الاحكام لا تترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله والحديث محمول على انه عرف قيام الحبل بطريق الوحى (واذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة أو فى الحالة التى تقبل التهنئة وتبتاع آلة الولادة صح نفيه ولاعن به وان نفاه بعد ذلك لاعن ويثبت النسب هذا عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يصح نفيه فى مدة النفاس) لان النفى يصح فى مدة قصيرة ولا يصح فى مدة طويلة ففصلنا بينهما بمدة النفاس لانه أثر الولادة وله انه لا معنى للتقدير لان الزمان للتأمل وأحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبوله التهنئة أو سكوته عند التهنئة أو ابتياعه متاع الولادة أو مضى ذلك الوقت فهو ممتنع عن النفى

يثبت مع الشبهة وهلال لم يكن قذفها بنفى الحمل بل بالزنا قال وجدت شريك بن سحماء على بطنها يزنى بها وقوله صلى الله عليه وسلم انظروا فان جاءت به كذا الى آخر ما قدمنا فانظره كان إما لعلمه صلى الله عليه وسلم بحملها من طريق الوحى أو لان اللعان تأخر حتى ظهر الحمل وكذا أنكر أحمد بن حنبل لعان هلال بالحمل قاله ابن الجوزى على أن كون لعانهما كان قبل الوضع معارض فقد قدمنا فى الصحيحين عن ابن عباس ما يفيد أنه كان بعد وضعها وهو قوله فقال صلى الله عليه وسلم اللهم بين فوضعت شبيها بالذى ذكر زوجها انه وجده عند أهله فلاعن رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما فلا يستدل بأحدهما بعينه لان التعارض يوجب التوقف (قوله ولنا ان الاحكام لا تترتب عليه) أى على الحمل الا بعد الولادة للاحتمال قبلها اذ يحتمل كونه نفخا أو ماء وقد أخبرنى بعض أهلى عن بعض خواصها انها ظهر بها حبل واستمر الى تسعة أشهر ولم يشكك فيه حتى تهيأ له بتهيئة ثياب المولود ثم أصابها الطلق وجلست الداية تحتها ولم تزل تعصر العصرة بعد العصرة وفى كل عصرة تجد ماء حتى قامت فارغة من غير ولد وأما توريثه والوصية به وله فلا يثبت له الا بعد الانفصال فيثبتان للولد لا للحمل وأما العتق فانه يقبل التعليق بالشرط فعتقه معلق معنى وأما رد الجارية المبيعة بالحمل فلان الحمل ظاهر والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة وفى البدائع لا يقطع نسب الحمل قبل وضعه بلا خلاف بين الاصحاب أما عند أبى حنيفة فظاهر وأما عندهما فلان الاحكام تثبت للولد لا للحمل وانما يثبت له حكم الولد بالانفصال ولهذا يستحق الميراث والوصية بعد الانفصال بخلاف الرد بعيب لان الحمل ظاهر واحتمال الريح شبهة والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة ويمتنع اللعان بها لانه من قبيل الحدود والنسب يثبت بالشبهة فلا يقاس على العيب (قوله واذا نفى الرجل) الحاصل من هذه المسئلة بيان شرط اعتبار صحة نفى الولد وله شرطان متفق ومختلف فالمتفق أن لا يقبل التهنئة أو لا يسكت عندها وهذا من المواضع التى اعتبر

فيها

(قوله روى انه صلى الله عليه وسلم قال ان جاءت به أصيهب أريصح حمش الساقين فهو لهلال الى آخر الحديث) أقول الاصيهب تصغير الاصهب وهو الذى يضرب شعره الى الحمرة والاريصح تصغير الارسح وهو قليل لحم الفخذين وحمش الساقين أى دقيقهما بالحاء المهملة المفتوحة (قوله وان جاءت به اسود جعدا جماليا الحديث) أقول الجمالى بضم الجيم العظيم الخلق كالجمل قال المصنف (لتمكن الاحتمال قبله) أقول أى قبل الولادة وتذكير الضمير لكونها فى تأويل أن مع الفعل قال المصنف (والحديث محمول على انه عرف قيام الحبل بطريق الوحى) أقول فيه بحث لان أحكامه عليه السلام محمولة على نصب الشرع الا أن يقوم دليل على كونها من الخصائص كما تقرر فى الاصول

أوسكوته عند التهنئة فان ذلك اقرار منه أن الولد له وكذلك ابتياعه ما يحتاج اليه لاصلاح الولد عادة أومضى ذلك الوقت وهو ممتنع

عن النفي واذا وجد منه دليل القبول لا يصح النفي بعده وليس فيما ذكر في الكتاب ذكر مدة معينة كما ترى

ولو كان غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين قال (واذا ولدت ولدين في بطن واحد فنفى الاول واعترف بالثاني يثبت نسبهما) لانهما توأمان خلقا من ماء واحد (وحد الزوج) لانه أكذب نفسه بدعوى الثاني وان اعترف بالاول ونفى الثاني يثبت نسبهما لما ذكرنا ولاعن لانه قاذف بنفي الثاني ولم يرجع عنه والاقرار بالعفة

فيها السكوت رضا وقد أوردناها منظومة في كتاب النكاح الا في رواية عن محمد في ولد الامة اذا هنئ به فسكت لا يكون سكوته قبولا بخلاف ولد المنكوحة لان ولد الامة غير ثابت النسب الا بالدعوة فالحاجة الى الدعوة والسكوت ليس دعوة ونسب ولد المنكوحة ثابت منه فسكوته يسقط حقه في النفي والمختلف فيه أن يقع أعني النفي في زمان التهنئة عادة وابتياع آلة الولادة عند أبي حنيفة ولو وقع بعده ان كان لم يقبل تهنئة لا ينتفي الا اذا كان غائبا على ما سيذكر ثم لم يعين لها مقدارا في ظاهر الرواية وذكر أبو الليث عن أبي حنيفة تقديرها بثلاثة أيام وروى الحسن عنه سبعة لانها أيام التهنئة وضعفه السرخسي بان نصب المقادير بالرأي متعذر وعندهما هي مقدرة بمدة النفاس لانها أثر الولادة وكان القياس أن لا يجوز النفي الا على فور الولادة كقول الشافعي الا أنا استحسنا جواز تأخيره مدة يقع فيها التأمل لان النفي يحتاج اليه كي لا يقع في نفي ولده أو استلحاق غير ولده وكلاهما حرام قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حين نزلت آية الملاعنة أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شئ ولن يدخلها الله جنته وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤس الاولين والآخرين رواه أبو داود والنسائي وفي الصحيحين عنه صلى الله عليه وسلم من ادعى أبا في الاسلام غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام والاتفاق على ان المدة اذا طالت لا يجوز النفي فجعلا القصيرة مدة النفاس لانه أثر الولادة ولذا أحكام الولادة ثابتة فيها من عدم حل الصلاة والصوم والقربان فكأنها فور الولادة وقال لا معنى لتعيين مدة أصلا لان التأمل والناس مختلفون فيه والاحوال أيضا تختلف في إفادته فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبول التهنئة وهو ذكر ما يدل على القبول مثل أحسن الله بارك الله جزاك الله رزقك مثله أو أمن على دعاء المهنئ أو سكوته عند تهنئته أو ابتياعه متاع الولادة أو مضى ذلك الوقت وقد يقال ان اعتبار مضى ذلك الوقت وما قبله لجواز النفي لم يخرج عن التعيين فينافيه قوله لا معنى للتعيين أصلا انتهى (قوله وإن كان غائبا) ما تقدم كان إذا كان حاضرا فلو كان غائبا لم يعلم بالولادة تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين بعد قدومه عندهما قدر مدة النفاس وعنده قدر مدة قبول التهنئة وعن أبي يوسف إن قدم قبل أن تمضي مدة الفصال فله أن ينفيه إلى أربعين يوما وإن قدم بعدها فليس له أن ينفيه أصلا لانه لو جاز ذلك لجاز بعد ما صار شيخا وهو قبيح فلو بلغه الخبر في مدة النفاس فله نفيه إلى تمام الاربعين عند أبي حنيفة ومحمد وذكر في غير رواية الاصول عن أبي يوسف اذا بلغه الخبر بتمام الحولين ليس له نفيه ويلاعن وقال محمد لو نفاه بعد الحولين إلى أربعين يوما من حين بلغه يلاعن بينهما ويقطع نسبه (قوله لانهما توأمان) هما اللذان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر (قوله وحد الزوج لانه أكذب نفسه بدعوى الثاني) وعلى هذا في أولاد ثلاثة أقر بالاول والثالث ونفى الثاني (قوله والاقرار بالعفة) وهو

وروى الحسن عن أبي حنيفة انه قدره بسبعة أيام لان في هذه تستعد للعقيقة وانما تكون العقيقة بعد سبعة أيام ولكن هذا ضعيف لان نصب المقدار بالرأي لا يجوز وذكر في الشامل انه روى عن أبي حنيفة انه يقدر بثلاثة وذلك في الضعف مثل الاول (ولو كان الزوج غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين) فيجعل كأنها ولدته الآن فله النفي عند أبي حنيفة في مقدار ما يقبل فيه التهنئة وعندهما في مقدار مدة النفاس بعد القدوم لان النسب لا يلزم الا بعد العلم به فصارت حال القدوم كحال الولادة (قوله واذا ولدت ولدين في بطن واحد) ظاهر (والاقرار بالعفة سابق على القذف) جواب سؤال تقديره ينبغي ان يجب عليه الحد لانه أكذب نفسه بعد القذف لان الاقرار الاول بثبوت النسب باق بعد نفي الولد فيعتبر قيام الاقرار بعد القذف بابتداء الاقرار ولو وجد الاقرار بعد النفي ثبت الاكذاب ووجب الحد فكذا ههنا وتقرير الجواب ان الاقرار بالعفة سابق على القذف حقيقة والاعتبار بالحقيقة

سابق على القذف فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال هى زانية وفى ذلك التلاعن كذا هذا

﴿باب العنين وغيره﴾

ما يتضمنه الاعتراف بالاول (سابق على القذف) بنفى الثانى حقيقة (فصار كأنه قال هى عفيفة) ثم قذفها لا يقال ثبوت نسب الاول معتبر باق بعد نفى الثانى فباعتبار بقائه شرعا يكون مكذبا نفسه بعد نفى الثانى وذلك يوجب الحد لانا نقول الحقيقة انقطاعه وثبوته أمر حكمى والحد لا يحتاط فى إثباته فكان اعتبار الحقيقة هنا متعينا لا الحكم هذا ومن الشارحين من جعل قوله فى الكتاب والاقرار بالعفة سابق الخ هو هذا الجواب عن السؤال المذكور مقدرا وهو غير مفهوم من اللفظ ﴿فروع﴾ لو نفاهما فمات أحدهما أو قتل قبل اللعان لزماه لانه لا يمكن نفى الميت لانتهائه بالموت واستغنائه عنه فلا ينتفى الحى لانه لا يفارقه ويلاعن بينهما عند محمد لوجود القذف واللعان ينفك عن نفى الولد لانه مشروع لقطع الفراش ويثبت النفى تبعا له إن أمكن ولا يلاعن عند أبى يوسف لان القذف أوجب لعانا يقطع النسب على خلاف ما وجب ولو ولدت فنفاه ولاعن ثم ولدت آخر بعده بيوم لزم الولدان لان القاطع وهو اللعان لم يوجد فى حق الثانى ولا يجوز نفيه الآن لانها غير منكوحة فيثبت نسبه ومن ضرورته ثبوت نسب الاول واللعان ماض لانه يقبل الفصل عن انتفائه ولو قال بعد ذلك هما ولداى لا حد عليه لانه صادق لثبوت نسبهما ولا يكون رجوعا لعدم اكذاب نفسه بخلاف ما اذا قال كذبت عليها لانه للتصريح بالرجوع ولو قال ليسا ابنى كانا ابنيه ولا يحد لان القاضى نفى أحدهما وذلك نفى للتوأمين فاستاولدته من وجه فلم يكن قاذفا لها مطلقا بل من وجه وفى النوادر ذكر الحسن عن أبى حنيفة أن فى امرأة جاءت بثلاثة أولاد فأقر بالاول والثالث ونفى الثانى يلاعن وهم بنوه ولو نفى الاول والثالث وأقر بالثانى يحد وهم بنوه وكذا فى ولد واحد إذا أقر به ونفاه ثم أقر به يلاعن ويلزمه لان الاقرار بثبوت نسب بعض الحمل إقرار بالكل كمن قال يده أو رجله منى واعلم ان ولد الملاعنة إذا قطع نسبه من الاب وألحق بالام لا يعمل القطع فى جميع الاحكام بل فى بعضها فيبقى النسب بينهما فى حق الشهادة والزكاة والقصاص والنكاح وعدم اللحوق بالغير حتى لا يجوز شهادة أحدهما للآخر ولا صرف زكاة ماله إليه ولا يجب القصاص على الاب بقتله وان كان لابن الملاعنة ابن وللزوج بنت من امرأة أخرى لا يجوز للابن أن يتزوج بتلك البنت ولو ادعى انسان هذا الولد لا يصح وان صدقه الولد فى ذلك ولا يبقى فى حق النفقة والارث كذا فى الذخيرة وهو مشكل فى ثبوت النسب إذا كان المدعى ممن يولد مثله لمثله وادعاه بعد موت الملاعن لانه مما يحتاط فى إثباته وهو مقطوع النسب من غيره ووقع الاياس من ثبوته من الملاعن وثبوت النسب من أمه لا ينافيه والله أعلم

﴿باب العنين وغيره﴾

لما ذكر أحكام الاصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق أعقبها بذكر أحكام تتعلق بهما ممن به مرض له نسبة إلى النكاح والعنين من لا يقدر على اتيان النساء مع قيام الآلة من عن إذا حبس فى العنة وهى حظيرة الابل أو من عن إذا عرض لانه ذكره يعن يمينا وشمالا ولا يقصده لاسترخائه وجمع العنين عنن ويقال عنين بين التعنين ولا يقال بين العنة ولو كان يصل إلى الثيب لا البكر لضعف الآلة أو إلى بعض النساء دون بعض أو لسحر أو لكبر سن فهو عنين بالنسبة إلى من لا يصل إليها لفوات المقصود فى حقها وما عن الهندوانى يؤتى بطست فيه ماء بارد فيجلس فيه العنين فان نقص ذكره وانزوى علم أنه لا عنة به وإلا علم أنه عنين لو اعتبر علم فلا يؤجل سنة لان التأجيل ليس إلا ليعرف أنه عنين على ما قالوا وإلا فلا فائدة فيه ان أجل مع ذلك لكن التأجيل لا بد منه لانه حكمه وفى المحيط آلته قصيرة لا يمكن إدخالها إلى داخل الفرج لا حق لها فى المطالبة بالتفريق انتهى ولو كان صغيرا جدا

(فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال هى زانية وفى ذلك التلاعن) ولا يكون ذلك اكذابا (فكذلك هذا)

﴿باب العنين وغيره﴾

لما فرغ من وجوه أحكام الاصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق ذكر فى هذا الباب أحكام من به نوع مرض لها تعلق بالنكاح والطلاق لان حكم من به العوارض بعد ذكر حكم الاصحاء والعنين هو الذى لا يقدر على اتيان النساء من عن إذا حبس فى العنة وهى حظيرة الابل أو من عن إذا عرض لانه يعن يمينا وشمالا ولا فرق بين أن تقوم آلته أو لم تقم وبين ان يصل الى الثيب دون البكر أو الى بعض النساء دون بعض وبين ان يكون لمرض به أو لضعف فى خلقته أو لكبر سنه أو لسحر أو لغير ذلك فانه عنين فى حق من لا يصل اليها لفوات المقصود فى حقها

﴿باب العنين﴾

(واذا كان الزوج عنينا أجله الحاكم سنة فان وصل اليها والا فرق بينهما اذا طلبت المرأة ذلك) هكذا روى عن عمر وعلى وابن مسعود ولان الحق ثابت لها فى الوطء ويحتمل أن يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل لآفة أصلية فلابد من مدة معرفة لذلك وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة فاذا مضت المدة ولم يصل اليها تبين ان العجز بآفة أصلية ففات الامساك بالمعروف ووجب عليه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضى منابه ففرق بينهما

كالزرفى كمه كالمجبوب (قوله أجله الحاكم سنة) أى من وقت الخصومة ولا يعتبر تأجيل غير الحاكم كائنا من كان ولو عزل بعدما أجله بنى المتولى على التأجيل الاول (قوله هكذا روى عن عمر وعلى وابن مسعود) أما الرواية عن عمر فلها طرق فنها طريق عبد الرزاق حدثنا معمر عن الزهرى عن سعيد بن المسيب قال قضى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فى العنين أن يؤجل سنة قال معمر وبلغنى ان التأجيل من يوم يخاصم وهكذا أخرجه ابن أبى شيبة حدثنا هشيم عن محمد بن سلمة عن الشعبى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كتب إلى شريح أن يؤجل العنين سنة من يوم يرفع إليه الحديث ورواه ابن أبى شيبة بسند أن عمر أجل العنين سنة زاد فى لفظ وقال ان أتاها وإلا فرقوا بينهما ولها الصداق كاملا ورواه محمد بن الحسن عن أبى حنيفة قال حدثنا إسمعيل بن مسلم المكى عن الحسن عن عمر ابن الخطاب ان امرأة أتته فأخبرته أن زوجها لا يصل إليها فأجله حولا فلما انقضى حول ولم يصل إليها خيرها فاختارت نفسها ففرق بينهما عمر وجعلها تطليقة بائنة وأما حديث على رضى الله عنه فرواه ابن أبى شيبة وعبد الرزاق بسنديهما وحديث ابن مسعود رواه ابن أبى شيبة بسنده عنه يؤجل العنين سنة فان جامع والا فرق بينهما ورواه أيضا عبد الرزاق والدارقطنى وروى ابن أبى شيبة عن المغيرة بن شعبة انه أجل العنين سنة وأخرج ابن أبى شيبة عن الحسن والشعبى والنخعى وعطاء وسعيد ابن المسيب رضى الله عنهم انهم قالوا يؤجل العنين سنة (قوله فلابد من مدة معرفة لذلك) أى معرفة لكون الامتناع لعلة معترضة أو آفة أصلية فى أصل الخلقة فقدرناها بالسنة لانها معرفة لذلك لانه ان كان من علة معترضة فلا يخلو من كونها من غلبة حرارة أو برودة أو رطوبة أو يبوسة والسنة تشتمل على الفصول الاربعة وكل فصل بأحد هذه الكيفيات فالصيف حار يابس والخريف بارد يابس وهو أردأ الفصول والشتاء بارد رطب والربيع حار رطب فان كان مرضه عن أحد هذه تم علاجه فى الفصل المضاد له فيه أو من كيفيتين فيتم فى مجموع فصلين متضادين فكانت السنة تمام ما يتعرف به الحال (قوله فاذا مضت السنة ولم يصل اليها عرف ان ذلك بآفة أصلية) وفيه نظر فان ظاهره ان موجب التفريق كونه من علة أصلية والسنة ضربت لتعريفه وهو ممنوع اذ لا يلزم من عدم الوصول اليها سنة كون ذلك لآفة أصلية فى الخلقة اذ المرض قد يمتد سنة وأيضا مما انه حكم العنين المسحور ومقتضى السحر مما قد يمتد السنين وبمضى السنة يفرق بينهما اذا طلبت ذلك مع العلم بعدم الآفة الاصلية لغرض العلم بأنه يصل الى غيرها من النساء فالحق ان التفريق منوط إما بغلبة ظن عدم زواله لزمانته أو للاصلية ومضى السنة مع عدم الوصول موجب لذلك أو هو عدم ايفاء حقها فقط بأى طريق كان والسنة جعلت غاية فى الصبر وابلاء العذر شرعا حتى لو غلب على الظن بعد انقضائها قرب زواله وقال بعد مضى السنة أجلنى يوما لا يجيبه الى ذلك الا برضاها فلو رضيت ثم رجعت كان لها ذلك ويبطل الاجل لان السنة غاية فى ابلاء العذر وقال لبيد لابنته حين حضرته الوفاة

تمنى ابنتاى أن يعيش أبوهما * وهل أنا الا من ربيعة أو مضر

قال (واذا كان الزوج عنينا) أى واذا كان الزوج عنينا أجله الحاكم سنة) ابتداؤها من وقت الخصومة (فان وصل اليها والا فرق الحاكم بينهما اذا طلبت المرأة ذلك) وهو قول عمر وعلى وابن مسعود وعليه فتوى فقهاء الامصار كأبى حنيفة وأصحابه والشافعى وأصحابه ومالك وأصحابه وأحمد وأصحابه رضى الله عنهم (ولان حقها ثابت فى الوطء ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل ان يكون لآفة أصلية فلابد من مدة معرفة لذلك وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة) لان العجز قد يكون لفرط رطوبة فيتداوى بما يضاده من اليبوسة أو بالعكس من ذلك وكذلك بقية الطبائع (فاذا مضت ولم يصل اليها تبين ان العجز بآفة أصلية ففات الامساك بالمعروف ووجب عليه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضى منابه ففرق بينهما) وقيل ينبغى ان يقدر السنة شمسية أخذا بالاحتياط لانه ربما يكون موافقة العلاج فى الايام التى يقع التفاوت فيها بين السنة القمرية والشمسية وليس بظاهر الرواية على ما نذكره

قال المصنف (فلابد من مدة معرفة لذلك) أقول وعن الهندوانى يؤتى بطست فيه ماء بارد فيجلس فيه العنين فان كان عضوه يؤل الى النقصان وينزوى علم انه لا عنة فيه وان كان لا يؤل ولا ينزوى علم انه عنين كذا فى شرح الكاكى قال ابن الهمام لو اعتبر هذا لزم أن لا يؤجل سنة لان التأجيل ليس الا ليعرف انه عنين على ما قالوا ولا فائدة فيه ان أجل مع ذلك لكن التأجيل لابد منه لانه حكمه

ولابد من طلبها لان التفريق حقها (وتلك الفرقة تطليقة بائنة) لان فعل القاضي أضيف الى الزوج فكأنه طلقها بنفسه وقال الشافعي هو فسخ لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا وانما تقع بائنة لان المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بها لانها لولم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة

فقوما وقولا بالذي قد علمتما * ولا تخمشا وجها ولا تحلقا الشعر
الى الحول ثم اسم السلام عليكما * ومن يبك حولا كاملا فقد اعتذر

(قوله ولابد من طلبها) هذا اذا كانت حرة غير رتقاء فان كانت رتقاء فلا حق لها في الفرقة وان كانت أمة فالطلب عند أبي يوسف لها وعند أبي حنيفة لسيدها وهو فرع مسئلة الاذن في العزل وقيل محمد مع أبي يوسف وقدمرت ولا يسقط حقها في طلب الفرقة بتأخير المرافعة قبل الاجل ولا بعد انقضاء السنة بعد التأجيل مهما أخرت لان ذلك قد يكون للتجربة وترجي الوصول لا بالرضا بالمقام على ذلك أبدا فلا يبطل حقها بالشك ولو وجدت كبيرة زوجها الصغير عنينا ينتظر بلوغه لان للصبا أثرا في عدم الشهوة قال قاضيخان الغلام الذي بلغ أربع عشرة سنة اذا لم يصل الى امرأته ويصل الى غيرها يؤجل ولو وجدت زوجها المجنون عنينا يخاصم عنه وليه يؤجل لسنة لان الجنون لا يعدم الشهوة بخلاف مالو وجدته مجبوبا وطلبت الفرقة ممن يخاصم عنه وليه فانه لا فائدة في انتظار بلوغه فيجعل وليه خصما والا نصب القاضي عنه خصما وفرق للحال ولو جاء الولي في المسئلتين ببينة على رضاها بعنته وجبه أو على علمها بحاله عند العقد لزم النكاح ولا يفرق بينهما ولو طلب يمينها على ذلك تحلف فان نكلت لم يفرق والا فرق ولو وكلت الكبيرة بالتفريق وغابت هل يفرق بطلب الوكيل لم يذكره محمد واختلفوا فيه ولو اختلفا في الجب فادعته فأنكره يريه رجلا فان أمكن علمه به بالجس من وراء ثوب لا يكشف عورته وان لم يتيقن بذلك الا بكشفها كشفها للضرورة ولو جاءت امرأة المجبوب بولد بعد الفرقة الى سنتين ثبت نسبه منه ولا يبطل التفريق بخلافه في العنين حيث ثبت نسبه ويبطل التفريق ذكره في الغاية قال في شرح الكنز وفيه نظر لانه وقع الطلاق بتفريقه وهو بائن فكيف يبطل بعد وقوعه ألا ترى انها لو أقرت بعد الفرقة انه كان قد وصل اليها لا يبطل التفريق انتهى لكن وجه التفرقة بعد هذا البحث وهو ان التفريق بناء على ثبوت العنة والجب وثبوت النسب من المجبوب وهو مجبوب بخلاف ثبوته من العنين فان بثبوت النسب منه يثبت انه ليس بعنين فيظهر بطلان معنى الفرقة بخلاف اقرارها بعد المدة بالوطء لاحتمال الكذب بل هي به مناقضة فلا يبطل القضاء بالفرقة ولو كانت زوجة العنين أو المجبوب صغيرة لا يفرق بينهما بل ينتظر بلوغها لاحتمال ان ترضى به اذا بلغت واذا رضيت قبل التأجيل أو بعده قبل انقضاء السنة أو بعدها سقط حقها وليس لها المطالبة بالفرقة بعد ذلك ولو كان الزوج يجامع ولا ينزل لجفاف مائه لم يكن لها طلب الفرقة (قوله وتلك الفرقة تطليقة بائنة) وهو قول مالك والثوري وغيرهما وقال الشافعي وأحمد رحمهما الله فسخ لانها من جهتها وقاس الماوردي على الفرقة بالجب قلنا بل من جهته فانه وجب عليه التسريح بالاحسان حين عجز عن الامساك بالمعروف فاذا امتنع كان ظالما فناب القاضي عنه فيه فيضاف فعله اليه والقياس على الجب ممنوع لان الفرقة بسببه عندنا أيضا طلاق (قوله لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا) أي النكاح الصحيح التام النافذ اللازم لانه النكاح المطلق فخرج الفاسد والموقوف والفسخ بعدم الكفاءة وخيار العتق والبلوغ فسخ قبل التمام فكان في معنى الامتناع من الاتمام بخلاف ما نحن فيه لانه فرقة بعد التمام فلا يقبلها كما لا يقبل الفسخ بالاقالة وقد ذكرنا في رواية أبي حنيفة عن عمر رضي الله عنه انه جعلها تطليقة بائنة ولها كمال المهر للخلوة الصحيحة لان خلوة العنين صحيحة اذ لا وقوف على حقيقة العنة لجواز ان يمتنع من الوطء اختيارا تعنتا فيدار

(ولابد من طلبها التفريق لانه حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة لان فعل القاضي أضيف الى الزوج وكأنه طلقها بنفسه وقال الشافعي رحمه الله هو فسخ لانه فرقة من جهتها لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا) يعني بعد التمام وأما قبل تمام العقد فيقبل كما في خيار البلوغ وخيار العتق وقد تقدم (وانما تقع التطليقة بائنة لان المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بها لانها لولم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة) وهي التي لا تكون ذات زوج ولا مطلقة أما الاولى فلفوات المقصود وهو الوطء وأما الثاني فلانها تحت زوج فلا يحصل لها دفع الظلم

(قوله يعني بعد التمام وأما قبل تمام العقد فيقبل كما في خيار البلوغ وخيار العتق وقد تقدم) أقول ولعل الشافعي ينازع في التمام

(ولها كمال مهرها ان كان خلا بها) فان خلوة العنين صحيحة (ويجب العدة) لما بينا من قبل هذا اذا أقر الزوج انه لم يصل اليها (ولو اختلف الزوج والمرأة فى الوصول اليها فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه) لانه ينكر استحقاق حق الفرقة والاصل هو السلامة فى الجبلة (ثم ان حلف بطل حقها وان نكل يؤجل سنة وان كانت بكرا نظر اليها النساء فان قلن هى بكر أجل سنة) لظهور كذبه (وان قلن هى ثيب يحلف الزوج فان حلف لا حق لها وان نكل يؤجل سنة وان كان مجبوبا فرق بينهما فى الحال ان طلبت) لانه لا فائدة فى التأجيل (والخصى يؤجل كما يؤجل العنين) لان وطأه مرجو (واذا أجل العنين سنة وقال قد جامعتها وأنكرت نظر اليها النساء فان قلن هى بكر خيرت) لان شهادتهن تأيدت بمؤيد وهى البكارة

الحكم على سلامة الآلة ولا يحل ترك وطئها ولو تزوجها بعد ذلك لا خيار لها لانها رضيت حيث نكحته بعد العلم بالحال ولو تزوجت به أخرى عالمة بحاله فى الاصل كذلك يكون رضا وعليه الفتوى وقيل لا يكون رضا لجواز تأميلها برأه ودفع بأنه احتمال بعيد بعد أن لم يبرأ فى أكثر من سنة فالظاهر لزومه وزمانته فتكون بالتزوج به راضية بالعيب (قوله هذا) أى هذا الذى ذكرنا من أنها اذا طالبته بالفرقة أجله الحاكم سنة ثم بعده فرق بينهما اذا اعترف الزوج بعدم الوصول اليها فى هذا النكاح وان تصادقا انه وصل اليها فى نكاح قبله ثم طلقها لانه اذا وطئها فى نكاح ثم أبانها ثم تزوجها ثانيا ولم يصل اليها لها المطالبة بالفرقة فان اختلفا وادعى الوصول وقالت لا فالقول قوله والوجه ظاهر فى الكتاب (قوله وان نكل أجل سنة) سواء جعل النكول اقرارا أو بذلا فكأنه أقر بعدم الوصول اليها (قوله وان كانت بكرا) يعنى إذا نكل وكانت بكرا وقت النكاح لا يستحلف بل تراها النساء فان قلن هى بكر أجل سنة من غير احتياج الى الاستحلاف والنكول لتيقن كذبه وقوله فان قلن خرج على ما هو الاولى من اراءتها الامرأتين ثم جمعهن ما جمعا والا فالواحدة العدلة تكفى نص على العدالة فى كافى الحاكم والثنتان أحوط وطريق معرفة أنها بكر ان تدفع فى فرجها أصغر بيضة للدجاج فان دخلت من غير عنف فهى ثيب والا فبكر أو تكسر وتسكب فى فرجها فان دخل فثيب والا فبكر وقيل ان أمكنها أن تبول على الجدار فبكر والا فثيب وان قلن ثيب تثبت الثيوبة ولا يثبت وصوله اليها لان البكارة قد تزول بغيره كوثبة ونحوها غير أن القول قوله لو قالت زالت البكارة باصبعه ونحوه فيحلف انه وصل اليها فان حلف تقرر النكاح وان نكل أجله سنة ثم فرق بينهما ان لم يصل اليها ثم اذا أجل ومضت السنة فاختلفا فى الوصول فى السنة فعلى ما اذا اختلفا قبل التأجيل ان كانت بكرا نظرن اليها فان قلن بكر خيرت للحال بين الاقامة والفرقة وان قلن ثيب حلف فان نكل خيرت وان حلف استقر النكاح وان كانت ثيبا فى الاصل فاختلفا قبل التأجيل أو بعده فالقول له فان حلف استقر النكاح وان نكل أجل وخيرت بعده وفى موضع تخير يعتبر المجلس كتخيير الزوج فان قامت من مجلسها قبل أن تختار نفسها أو أقامها أعونة القاضى ولو مكرهة لزم النكاح لانه كان يمكنها الاختيار نفسها قبل أن تقام واذا اختارت نفسها أمره القاضى أن يطلقها فان أبى فرق بينهما كذا ذكره محمد فى الاصل وقيل تقع الفرقة باختيارها نفسها ولا تحتاج الى القضاء كخيار المخيرة (قوله لانه لا فائدة فى التأجيل) لانه لتوقع الوقوع ولا توقع لفقد الآلة بخلاف الخصى لان آلته قائمة وانما سلت خصيتاه أو وجئ والموجوء الذى رض خصيتاه قال لى بعض أهل الماشية انه تمرس الخصيتان وهو صغير مرسا شديدا ثم يحبسان الى فوق الى أن يرتفعا الى ظهره فلا يعودان ويكون نشيطا كثير الجماع الا أنه لا يحبل فالتوقع واقع فيؤجل كالعنين (قوله واذا أجل العنين سنة فقال الخ) قد وصلنا هذا الاختلاف الكائن بعد التأجيل

(ولها كمال المهران كان خلا بها الان خلوة العنين صحيحة) لان المرأة قد سلمت المبدل مع وجود الآلة (٢٦٥) فيجب عليه البدل دل على ذلك قضاء عمر وعلى رضى الله عنهما حيث قالا ما ذنبهن اذا جاء العجز من قبلكم (ويجب العدة) لتوهم الشغل احتياطا استحسانا (لما بينا) يعنى فى باب المهر هذا اذا أقر الزوج بعدم الوصول اليها وان ادعاه وأنكرته (فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق الفرقة) حقيقة وان كان مدعيا الوصول صورة (والاصل فى الجبلة السلامة) وكان الظاهر شاهدا له والقول قول من يشهد له الظاهر فكان كالمودع اذا ادعى رد الوديعة القول قوله لانه منكر معنى وان كان مدعيا صورة (ثم ان حلف بالله لقد أصبتها بطل حقها وان نكل يؤجل سنة وان كانت بكرا نظر النساء اليها فان قلن هى بكر اجل سنة وان قلن هى ثيب يحلف الزوج) لامكان ان بكارتها زالت بوجه آخر فيشترط اليمين مع شهادتهن ليكون حجة (فان حلف لا حق لها وان نكل يؤجل سنة) ثم كيف يعرف انها بكر أو ثيب قالوا يدفع فى فرجها أصغر بيضة من بيض الدجاج فان دخل بلا عنف فثيب والا فبكر وقيل ان أمكنها أن تبول على الجدار فبكر والا فثيب وقيل تكسر البيضة فتصب فى فرجها فان دخلت فثيب والا فبكر قوله (وان كان مجبوبا فرق بينهما فى الحال) ظاهر

(قوله اذا حبس فى العنة الى قوله لانه يعن عينا وشمالا) أقول العنة بضم العين وقوله لانه يعن أى يعن ذكره يمينا وشمالا

قوله (وان قلن هي ثيب حلف الزوج) حاصله ان الاراءة للنساء مرتين مرة قبل الاجل للتأجيل ومرة بعد الاجل للتخيير (فان نكل خيرت لتأيدها بالنكول) أي لتأيد دعوى المرأة انه لم يجامعها بنكول الزوج عن اليمين (فان حلف لا تخير) لبطلان حقها (وان كانت ثيبا في الاصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه) يعني قوله فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق الفرقة (فان اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لانها رضيت ببطلان حقها) وكذلك اذا قامت من مجلسها أو أقامها أعوان القاضي أو قام القاضي قبل أن تختار شيأ بطل خيارها لان هذا بمنزلة تخيير الزوج امرأته وذلك موقت بالمجلس فهذا مثله والتفريق كان لحقها فاذا رضيت بالاسقاط صريحا أو دلالة بتأخير الاختيار الى ان قامت أو أقيمت سقط حقها فلا تطالب بعد ذلك بشئ فان اختارت الفرقة أمر القاضي الزوج أن يطلقها فان أبى فرق القاضي بينهما كما مر قال (وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح) وهو ظاهر الرواية وهي ثلثمائة وأربعة وخمسون يوما وروى الحسن أنه تعتبر السنة الشمسية وهي ثلثمائة وخمسة وستون يوما وجزء من مائة وعشرين جزأ من اليوم (وتحتسب بأيام الحيض وشهر رمضان) يعني لا يعوض عن أيام الحيض وشهر رمضان الواقعة في مدة أيام التأجيل أيام أخر بل هي محسوبة من مدة التأجيل وذلك لان الصحابة رضي الله عنهم قدروا مدة التأجيل بسنة ولم يستثنوا منها أيام الحيض وشهر رمضان مع علمهم ان السنة لا تخلو عنها (ولا يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه) أي عن المرض فلم يكن في معنى أيام الحيض وشهر رمضان فيعوض لذلك من أيام أخر وعليه فتوى المشايخ وروى عن أبي يوسف رحمه الله انه اذا مرض أحدهما مرضا لا يستطيع الجماع معه فان كان أقل من نصف شهر احتسب عليه وان كان أكثر منه لم يحتسب عليه (قوله

(وان قلن هي ثيب حلف الزوج فان نكل خيرت) لتأيدها بالنكول (وان حلف لا تخير وان كانت ثيبا في الاصل فالقول قوله مع يمينه) وقد ذكرناه (فان اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار) لانها رضيت ببطلان حقها وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح ويحتسب بأيام الحيض وبشهر رمضان لوجود ذلك في السنة ولا يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه

بالاختلاف قبله فلا نعيده ﴿فرع﴾ الخنثى اذا كان يبول من مبال الرجال فتزوج امرأة فهو جائز فان وصل اليها والا أجل كالعنين ذكره الحاكم وكل من تزوجت واحدا من هؤلاء أعني المجبوب والخصي والعنين وهي عالمة بحاله فلا خيار لها وان لم تكن عالمة به فلها المطالبة بالفرقة (قوله هو الصحيح) صححه أيضا صاحب الواقعات احترازا عما اختاره شمس الأئمة السرخسي وقاضيخان وظهير الدين من اعتبارها شمسية وهي رواية الحسن عن أبي حنيفة وما ضربت السنة الا للتوصل الى صلاح الطبع ورفع المانع فيجوز أن يوافق طبعه مدة زيادة السنة الشمسية على القمرية فوجب اعتبارها وجه الاول ان الثابت عن الصحابة كعمر رضي الله عنه ومن ذكرنا معه اسم السنة قولا وأهل الشرع انما يتعارفون الاشهر والسنين بالاهلة فاذا أطلق السنة انصرف الى ذلك مالم يصرحوا بخلافه ثم زيادة الشمسية قيل أحد عشر يوما وعن الحلواني السنة الشمسية ثلثمائة وخمسة وستون يوما وجزء من مائة وعشرين جزأ من اليوم والقمرية ثلثمائة وأربعة وخمسون كذا رأيت في نسخة ورأيت في أخرى عنه في الشمسية زيادة ربع يوم مع ماذكرنا وقيل القمرية ثلثمائة وأربعة وخمسون يوما وخمس يوم وسدسه والشمسية ثلثمائة وخمسة وستون يوما وربع يوم الا جزأ من ثلثمائة جزء من يوم وفضل ما بينهما عشرة أيام وثلث وربع عشر يوم بالتقريب والذي يظهر ان هذا كله محدث وعمر بن الخطاب رضي الله عنه حين كتب الى شريح أن يؤجل العنين سنة من يوم ترفع الدعوى اليه وكذا قول الراوي عن عمر في المرأة التي أتت اليه فأجله حولا من غير تقييد في السنة والحول لم يرد حينئذ الا ما بالاهلة هذا الذي تعرفه العرب وأهل الشرع على أن الحول لم يعرف بعرف آخر بل اسم السنة هو الذي توارد عليه العرفان والله سبحانه أعلم (قوله وتعتبر بأيام الحيض) أي تحتسب من السنة لوجودها في السنة يقينا وعادة (قوله ولا تحتسب بمرضه ومرضها) هكذا مطلقا وعن أبي يوسف اذا مرض أحدهما مرضا لا يستطيع معه الجماع فان كان أقل من نصف شهر احتسب عليه وان كان أكثر لم يحتسب وعوض عنه لان شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر على الوطء فيه بالليل لا بالنهار وذلك نصفه فكذا النصف من كل شهر وهذا أصح الروايات عن أبي يوسف وفي رواية ان ما فوق الشهر كذلك لا يحتسب به وفي رواية ان مدة الكثرة سنة وفي رواية أكثر السنة وعن محمد لو مرض في السنة يؤجل مقدار مرضه قيل عليه الفتوى فان حج أو غاب هو احتسب عليه لان العجز جاء بفعله ويمكنه أن يخرجها معه أو يؤخر الحج والغيبة ولو كان محرما وقت الخصومة قال محمد يؤجل بعد احرامه فلا يكون عذرا بخلاف ما اذا حجت هي أو غابت لا يحتسب عليه لان العجز من قبلها فكان عذرا فيعوض فان حبس الزوج ولو بمهرها وامتنعت من المجيء الى السجن لم يحتسب عليه وان لم تمتنع وكان له موضع خلوة فيه احتسب عليه وان لم يكن له موضع خلوة يمكنه جماعها فيه لم يحتسب ولو رافعته وهو مظاهر منها تعتبر المدة من حين المرافعة ان كان قادرا على الاعتاق وان كان عاجزا أمهله شهري الكفار ثم أجله فيتم تأجيله سنة وشهرين ولو ظاهر بعد التأجيل لم يلتفت الى ذلك ولم يزد على المدة المقدرة

وجعل له بدل مكانها وكذلك الغيبة لان شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر عليه في الليل ممنوع في النهار والنهار بدون الليل يكون نصف الشهر فثبت ان نصف الشهر محسوب عليه وعنه انهما اذا كانا صحيحين في شئ من السنة () ولو في يوم يحتسب عليه بزمان المرض وعن محمد رحمه الله ان مرض أحدهما فيما دون الشهر يحتسب عليه بذلك وان كان المرض شهرا لا يحتسب ويزاد في مدته بقدر مدة المرض (وإذا كان بالزوجة عيب) أي عيب كان (فلا خيار للزوج في فسخ النكاح وقال الشافعي ترد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق) بفتح التاء مصدر قولك امرأة رتقاء لا يستطاع جماعها لارتتاق ذلك الموضع أي لانسداده ليس لها خرق الا المبال (والقرن) بسكون الراء قال في المغرب وهو إما غدة غليظة أو لحمة مرتفعة أو عظم تمنع من سلوك الذكر في الفرج وامرأة قرناء بها ذلك قال لانها يعني العيوب الخمسة تمنع الاستيفاء حسا أو طبعا أما حسا ففي الرتق والقرن وأما طبعا ففي الجذام والبرص والجنون لأن الطباع السليمة تنفر عن جماع هؤلاء وربما يسري إلى الاولاد (والطبع مؤيد بالشرع) قال صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم فرارك من الاسد

قال المصنف (قال عليه السلام فر من المجذوم فرارك من الاسد) أقول قال الزيلعي لا حجة له فيه لانه يوجب الفرار لا الخيار وظاهره ليس بمراد اجماعا لانه يجوز أن يدنو منه ويثاب على خدمته وتمريضه وعلى القيام بمصالحه اهـ فيه بحث اذ لم يذكره الشافعي دليلا على انه يوجب الخيار بل على كونه منفورا عنه شرعا كما أنه منفور عنه طبعا

(واذا كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج) وقال الشافعي ترد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن لانها تمنع الاستيفاء حسا أو طبعا والطبع مؤيد بالشرع قال عليه الصلاة والسلام فر من المجذوم فرارك من الاسد

(قوله واذا كان بالزوجة عيب الخ) الحاصل انه ليس لواحد من الزوجين خيار فسخ النكاح بعيب في الآخر كائنا من كان عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو قول عطاء والنخعي وعمر بن عبد العزيز وأبي زياد وأبي قلابة وابن أبي ليلى والاوزاعي والثوري والخطابي وداود الظاهري وأتباعه وفي المبسوط انه مذهب علي وابن مسعود رضي الله عنهم وعند محمد لا خيار للزوج بعيب في المرأة ولها هي الخيار بعيب فيه من الثلاثة الجنون والجذام والبرص وقال الشافعي رحمه الله لكل منهما خيار الفسخ بهذه الثلاثة وللزوج الفسخ إذا كانت رتقاء أو قرناء أيضا فله الخيار في خمسة عيوب ولها في ثلاثة وهو قول مالك وأحمد وقال الزهري وشريح وأبو ثور ترد بجميع العيوب وكذا من الجنون العارض والجذام والبرص والجنون مشهورات والفعل من الاول والآخر على البناء للمفعول فيقال جذم وجن اذا أصيب بالجذام والجنون فهو مجذوم ومجنون ولا يقال أجذم ولا أجن ولا مجن وثلاثة من أسماء المفعولين من أفعل جاءت على مفعول دون مفعل على غير قياس مجنون ومحزون من أحزنه الله ومحبوب من أحبه الله وجاء على القياس في الثالث في قول عنترة

ولقد نزلت فلا تظني غيره * مني بمنزلة المحب المكرم

والفعل من البرص برص فهو أبرص وأبرصه الله والرتق الالتحام والرتقاء هي الملتحمة والقرن في الفرج اما غدة غليظة أو عظم يمنع سلوك الذكر للشافعي رحمه الله ومن معه النص في بعضها وقياسان في بعضها وثلاثة أقيسة في بعضها اما النص فما روي انه صلى الله عليه وسلم رد بالعيب قال للتي رأى بكشحها وضحا أو بياضا الحقي بأهلك فصار البرص منصوصا عليه فيلحق به الجذام والجنون بجامع أنه ينفر منه الطبع وهذا الوصف وهو كونه منافرا للطبع دل الشرع على اعتباره في جنس العلل وهو المباعدة والفرار فانه جنس الفسخ قال النبي صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم فرارك من الاسد ويجعل الجذام منصوصا عليه في هذا الحديث لان الفرار يثبت بفسخ نكاحه والحديث رواه البخاري تعليقا عن أبي هريرة قال صلى الله عليه وسلم لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر وفر من المجذوم فرارك من الاسد ويقاس النكاح على البيع في انه يفسخ بهذه العيوب هكذا عيوب يفسخ بها البيع فيفسخ بها النكاح وقياسا على المجبوب بجامع المانع الحسي فيما به فوات مقصود النكاح في حق كل منهما قلنا أما الحديث الاول فلم يصح لانه من رواية جميل بن زيد وهو متروك عن زيد بن كعب بن عجرة وهو مجهول لا يعلم لكعب بن عجرة ولد اسمه زيد ولو سلم جاز ان يكون طلاقا فان لفظ الحقي بأهلك من كنايات الطلاق وأما الثاني فظاهره غير مراد للاتفاق على اباحة القرب منه ويثاب بخدمته وتمريضه وعلى القيام بمصالحه وأما القياس فتخلف فيه جزء المقتضي أو شرطه فان المقتضي للفسخ العيب مع وقوعه في عقد مبادلة تجري فيه المشاحة والمضايقة بسبب كون المراد منه من الجانبين المال وهذا شرط عمله والنكاح ليس كذلك فان المال فيه تابع غير مقصود وانما شرع اظهارا لخطر المحل ولهذا اختلفت لوازمهما حتى أجزناه على عبد وفرس غير موصوفين وصح مع عدم رؤية المرأة أصلا بخلاف البيع عنده ثم اذا رأى عندنا المبيع يثبت له خيار الرد بلا عيب وفي النكاح لو شرط وصفا مرغوبا فيه كالعذرة والجمال والرشاقة وصغر السن فظهرت ثيباء عجوزا شوهاء ذات شق مائل ولعاب سائل وأنف مائل وعقل زائل لا خيار له في فسخ النكاح به وفي البيع يفسخ بدون ذلك ولو هزلا بالبيع لم ينفذ

(ولناأن فوت الاستيفاء بالكلية بالموت لا يوجب الفسخ) حتى لا يسقط شئ من مهرها فاختلاله بهذه العيوب أولى قيل فيه ضعف لان النكاح موقت بحياتهما (وهذا) أى كون هذه العيوب لا توجب الفسخ (لان الاستيفاء من الثمرات) وفوت الثمرة لا يؤثر فى العقد ألا ترى انه لو لم يستوف لبخر أو ذفر أو قروح فاحشة لم يكن له حق الفسخ وانما المستحق هو التمكن وهو حاصل أما فى الجذام والبرص والجنون فظاهر وأما فى الباقين فبالشق أو الفتق وقوله عليه السلام فر من المجذوم الحديث محمول على الفرار بالطلاق وكذا ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة فوجد على كشحها بياضا فردها محمول على الطلاق لانه روى أنه عليه السلام قال لها الحقى بأهلك وهذا من كنايات الطلاق وكذا ماروى عن عمر أنه أثبت لها الخيار بهذه العيوب ومذهبنا مروى عن على وابن مسعود (واذا كان بالزوج جنون أو برص أو جذام فلا خيار لها عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لها الخيار) لانه تعذر عليها الوصول الى حقها المعنى فيه فكان بمنزلة الجب والعنة فتخير دفعا للضرر عنها حيث لا طريق لها سواه بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق (ولهما ان الاصل عدم

الخيار لما فيه من إبطال حق الزوج وإنما يثبت فى الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح) وهو الوطء لان شرعية النكاح لاجل الوطء (وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا) فان قيل قد جعل المصنف الوطء فيما إذا كان بالمرأة من العيوب الخمسة من الثمرات ولم يثبت له خيار الفسخ وفى مسئلة الجب والعنة جعله المقصود المشروع له النكاح ويلزم من ذلك أن يكون المقصود المشروع له النكاح وان لا يكون باعتبار الموضعين وذلك تحكم قلت هذا السؤال نشأ من تفسير المشروع له النكاح بالوطء وليس ذلك بمراد وإنما المراد به التمكن كما تقدم وهما يخلان به بخلاف العيوب الثلاثة والله أعلم

ولنا ان فوت الاستيفاء أصلا بالموت لا يوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب أولى وهذا لان الاستيفاء من الثمرات والمستحق هو التمكن وهو حاصل (واذا كان بالزوج جنون أو برص أو جذام فلا خيار لها عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لها الخيار) دفعا للضرر عنها كما فى الجب والعنة بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما يثبت فى الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا والله أعلم بالصواب

وينعقد النكاح بالهزل به فكذلك بالعلة مقتضية وعن القياس الثالث بمنع وجود العلة فى الفرع وهو امتناع حصول المقصود لجواز أن يطأ من هى كذلك ويتوصل بالشق والقطع والكسر غايته ما فيه نفرة طبيعية وذلك لم يوجب الفسخ اتفاقا للاتفاق على عدمه فى ذات القروح الفاحشة والبخر الزائد وحينئذ قول محمد ان وجود ذلك فيه يعطل عليها المقصود للوجه الاخير بخلافه هو إذا وجدها كذلك لانه يتمكن من ازالة الضرر عن نفسه بالطلاق ووجه دفعه ودفع قول الزهرى ومن معه انتظمه دفع أقيسة الشافعى ومن معه (قوله ولنا ان فوت الاستيفاء أصلا بالموت قبل الدخول لا يوجب الفسخ) فاختلاله بهذه العيوب أولى أن لا يوجب الفسخ ونظر فيه بأن النكاح مؤقت بحياتهما (قوله وهذا) أى كون هذه العيوب لا توجب الفسخ لان الاستيفاء من الثمرات فلا تراعى من كل وجه على الكمال والمستحق التمكن أى التمكن من الوطء وهو غير ممتنع لما قلنا (قوله لانهما مخلان بالمقصود) فان قيل جعل فى المسئلة التى قبلها الاستيفاء للوطء من الثمرات فلا يجب الخيار بفواته وهنا جعله المقصود المشروع له النكاح حتى يتخير فى الفسخ بالجب وهذا تدافع أجيب بأن الوطء له جهتان جهة كونه مقصودا باعتبار المقصود الذى شرع له النكاح وهو التوالد فانه لا يحصل الا به وجهة كونه ثمرة حيث يصح نكاح الرضيعة والآيسة فلو كان مقصودا لم يجز نكاح هؤلاء كما لم يجز استئجار الجحش

الجحش

قال المصنف (ولنا ان فوت الاستيفاء أصلا بالموت لا يوجب الفسخ) أقول وفيه نظر لان النكاح مؤقت بحياتهما كما سيجيء (قوله الحديث محمول على الفرار بالطلاق) أقول فيه بحث قال المصنف (لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح) أقول فان قيل جعل فى المسئلة التى قبلها استيفاء الوطء من الثمرات فلا يجب الخيار بفواته وهنا جعله المقصود المشروع له النكاح حتى يتخير فى الفسخ بالجب وهذا تدافع أجيب بان الوطء له جهتان جهة كونه مقصودا باعتبار المقصود الذى شرع له النكاح وهو التوالد فانه لا يحصل الا به وجهة كونه ثمرة حيث يصح نكاح الرضيعة والآيسة فلو كان مقصودا لم يجز نكاح هؤلاء كما لم يجز استئجار الجحش للحمل والركوب فاعتبرنا جهة الثمرة فيما اذا كانت هذه العيوب بها ولم يثبت له خيار الفسخ جريا على الاصل من ان ازالة قيد النكاح بالطلاق لا الفسخ لتمكنه من ازالته به ومن الاستمتاع بغيرها وجهة المقصود به فيما اذا كانت لانها لا تتمكن من الطلاق ولا الاستمتاع بغيره اه وقال الشيخ أكمل الدين هذا السؤال نشأ من تفسير المشروع له النكاح بالوطء وليس ذلك بمراد وانما المراد به التمكن كما تقدم وهما يخلان به بخلاف العيوب الثلاثة اه ونحن نقول فيه بحث لان المصنف صرح فى أول الباب ان الحق ثابت لها فى الوطء

العدة لما كانت أثر الفـرقة بالطلاق وغـيره أعقبها الذكر وجوه التفريق فى باب على حدة لان الاثر يعـقب المؤثر والعدة فى اللغة أيام أقراء المرأة وفى الشريعـة تربص يلزم المـرأة عند زوال ملك المتعـة متأكدا بالدخول أو الخـلوة أو الموت وهو أى هذا الزوال سببها وشرطها وقوع الفـرقة وركنها حرمات ثابتـة إلى أجـــل ينقضى وعنـد الشافـعى هو كف المـرأة نفسها عن أفعال محظورة عليها وقـــد عـرف فى موضـعه قال (وإذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا أو رجعيا) ولم يقـل وقـد دخـل بها لان قوله رجعيا يغنى عنه إذ الرجعة لا تكون إلا فى المـدخول بها (أو وقعت الفـرقة بينهـما بغـــير طـلاق) كخيار العتق وخيار البـلوغ وعـدم الكفاءة وملك أحـــد الزوجـين الآخر والفرقة فى النكاح الفاسـد (وهى حرة ممن تحيض

﴿ باب العدة ﴾

(وإذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا أو رجعيا أو وقعت الفرقة بينهـما بغير طلاق وهى حرة ممن تحيض

الجحش للحمل والركوب فاعتبرنا جهة الثمرة فيما إذا كانت هذه العيوب بها ولم يثبت له خيار الفسخ جريا على الاصل من ان ازالة قيد النكاح بالطلاق لا الفسخ لتمكنه من ازالته به ومن الاستمتاع بغيرها وجهة المقصودية فيما اذا كانت به لانها لا تتمكن من الطلاق ولا الاستمتاع بغـيره وعلى ما قررناه لا حاجـة الى ذلك بل هو مطرد لا يختلف والله تعالى أعلم

﴿ باب العدة ﴾

لما ترتبت العدة فى الوجود على فرقـة النكاح شرعا أوردها عقيب وجوه الفرقة من الطـلاق والايلاء والخلع واللعان وأحكام العنين وهى فى اللغة الاحصاء عددت الشيء عـدة أحصيته احصاء وتقال أيضا على المعدود وفى الشرع تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح المتأكد بالدخول أو ما يقوم مقامـه من الخـلوة والموت و ينبغى أن يزاد وشـبهته بالجر عطفا على النكاح والتربص الانتظار أى انتظار انقضاء المدة بالتزوج فحقيقته ترك لزم شرعا للتزوج والزينة فى مدة معينة شرعا ولا شـك ان سببها النكاح أو شبهته وزوال ذلك شرط فالاضافة فى قولنا عدة الطـلاق الى الشرط ولم يخص الزوال بالنكاح فعم الشبهة قالوا وركنها حرمات تثبت عند الفرقة وعند الشافعى الكف عنها و ينبنى على ذلك ان العدتين اذا وجبتا من رجلين تتداخـلان وتنقضيان بمدة واحدة عندنا وعنده لا وعلى هـذا ينبغى ان يقال فى التعريف هى لزوم التـربص ليصح كون ركنها حرمات لانها لزومات والا فالتربص فعلها والحرمات أحكام الله تعالى فلا يكون نفسه فعلا وعلى هذا فما قيل فى حكمها انه حرمة نكاحها غـيره عليها وحرمة نكاح أختها وأربع سواها عليه لا يصح لان الحرمات التى تثبت عند الفرقـة ركنها بالفرض وحرمـة تزوجها بغيره من تلك الحرمات نعم حرمة تزوجه باختها لا يكون من العدة فهو حكم عدتها ولا شك انه معنى كونه هو أيضا فى العدة لان معنى العـدة وجوب الانتظار بالتزوج الى مضى المـدة وهو كذلك فهو فى العدة أيضا غير ان اسم العدة اصطلاحا خص بتربصها لا بتربصـه ولزم مما ذكر أن لا يقال فى حق الصغيرة وجب عليها العدة وسنوضحه (**قوله** اذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا أو رجعيا) وليس رجعيا فى بعض النسخ وشمل طلاق الخلع واللعان خلافا لمن قال عـدة المختلعة حيضة واحدة قيـل هو بناء على انها فسخ والحق انها ابتـداء لما تقدم فى باب الخلع من المنقول إذ لا يعقل كون الفسخ مؤثرا فى نقصان العـدة ولذا وجبت ثلاثة اقراء فى الفسخ بخيار البلوغ وغيره وخلافا لابن عباس فى قوله عـدة الملاعنة تسعة أشهر (**قوله** وهى حرة ممن تحيض) يعـنى ممن تحقق حيضها ولم تبلغ الاياس سواء كانت تحيض أولا حتى لو بلغت فرأت الدم ثلاثة أيام ثم انقطع سنة أو أكثر لم تنقض عدتها حتى تحيض ثلاث حيض أو تدخـل الاياس فتعتد بالاشهر بخلاف ما لو لم ترشيأ أو رأت أقـل من ثلاثة أيام فانها تعتـد بالاشهر (**قوله** أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق) مثل الانفساخ بخيار البلوغ والعتق وعـدم الكفاءة وملك أحـد الزوجـين الآخر والردة فى بعض الصور والافـتراق عن النكاح الفاسـد والوطء بشـبهة

﴿ باب العدة ﴾

(قـوله عنـد زوال ملك المتعـة) أقول أو شـبهته (قـوله وهـو أى هـذا الزوال سـببها وشرطها وقوع الفـرقة) أقـول أليس وقوع الفـرقة هو نفس زوال ملك المتعـة وهـل زال ملك المتعـة فى الطـلاق الرجعى ولك أن تقول نعم زال بطريق التبين وقد سـبق فى باب الرجعة قبيل فصل ما يحل به المطلقـة (قوله وركنها حرمات ثابتـة الخ) أقول أى حرمة الازدواج والخروج كما سيجىء فى هذا الباب من ذلك الكتاب فيكون التعريف بالتربص تعريفا باللازم (قوله ولم يقل وقد دخـل بها لان قوله رجعيا يغنى عنه) أقول المتبادر فى أمثاله هو التوزيع فلا يغنى ما ذكره عنه مع ان قوله أو رجعيا غير موجود فى أكثر النسخ

فعدتها ثلاثة اقراء) لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء والفرقة اذا كانت بغير طلاق فهي في معنى الطلاق لان العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح وهذا يتحقق فيها والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي الاطهار واللفظ حقيقة فيهما اذ هو من الاضداد كذا قاله ابن السكيت ولا ينتظمهما جملة للاشتراك

(قوله فعدتها ثلاثة اقراء) مقتضى ما ذكر من ركن العدة كون عدتها في مدة ثلاثة اقراء لان الحرمات تتعلق في مدة الاقراء فكان الاصل ان ينتصب لانه ظرف زمان معرب واقع خبرا عن اسم معنى نحو السفر غدا لكنه اعتبر فيه الاطلاق المجازي أعني اطلاق العدة على نفس المدة ثم لا يخفى ان سبب العدة مأخوذ منه تأكده بالدخول أو ما يقوم مقامه كما ذكرنا وانما تركه المصنف لشهرة ان الطلاق قبل الدخول لا تجب فيه العدة قال الله تعالى إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها (قوله والفرقة اذا كانت الخ) لما جمع بين الطلاق والفرقة بلا طلاق في حكم العدة والدليل السمعي لا يتناول الا الطلاق ألحقه بالجامع وهو أن وجوبها في محل النص وهو الطلاق لتعرف براءة الرحم وجعله ثابتا بدلالة النص حيث قال في معنى الطلاق يعني يتبادر لكل من علم بوجوب تركها النكاح الى أن تحيض عند الطلاق بعد الدخول انه لذلك ثم كونها تجب للتعرف لا ينفي أن تجب لغيره أيضا وقد أفاد المصنف فيما سيأتي انها أيضا تجب لقضاء حق النكاح باظهار الاسف عليه فقد يجتمعان كما في مواضع وجوب الاقراء وقد ينفرد الثاني كما في صور الاشهر بخلاف غير المتأكد وهو ما قبل الدخول لا يؤسف عليها اذ لا إلف ولا مودة فيه (قوله والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي الاطهار) وقول الشافعي قول مالك ونقل عن عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت وقولنا هو قول الخلفاء الراشدين والعبادلة وأبي بن كعب ومعاذ بن جبل وأبي الدرداء وعبادة بن الصامت وزيد بن ثابت وأبي موسى الاشعري وزاد أبو داود والنسائي معبدا الجهني وما ذكرناه في قول العبادلة بناء على أنه ثبت عن ابن عمر فتعارض عنه النقل وممن رواه عنه الطحاوي وثبته عنه بعض الحفاظ من الحنابلة وأسند الطحاوي الى قبيصة بن ذؤيب انه سمع زيد بن ثابت يقول عدة الامة حيضتان فعارض روايتهم عن زيد أيضا وبه قال سعيد بن المسيب وابن جبير وعطاء وطاوس وعكرمة ومجاهد وقتادة والضحاك والحسنان ابن حي والبصري ومقاتل وشريك القاضي والثوري والاوزاعي وابن شبرمة وربيعة والسدي وأبو عبيد واسحق واليه رجع أحمد وقال محمد بن الحسن في موطئه حدثنا عيسى بن أبي عيسى الخياط المدني عن الشعبي عن ثلاثة عشر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كلهم قال الرجل أحق بامرأته حتى تغتسل من الحيضة الثالثة وهذا الاطلاق انما يصح منهم اذا كانت الحيض لا الطهر الا اذا كان طلقها في الحيض فأما الطهر فيحتسب به فيلزم انقضاء العدة بالشروع في الحيضة الثالثة والطلاق في الطهر هو المعروف عندهم فعليه ينبني قولهم (قوله اذ هو من الاضداد) استدلال على كونه حقيقة فيهما وهذا على طريقة أهل الاصول والفقه من عدم التجوز باسم الضد في الضد وقد وضع بعض أهل العقول من معرفات الاشتراك كون المفهومين متضادين واما على طريقة أهل الادب فيجوز لغرض تمليح أو تهكم كما يقال للجبان أسد أو تفاؤل كالبصير على الاعمى الا أنها أعزل من افادات الاحكام الشرعية فلم يعتبر فيها وأما في خصوص هذا المقام فالاتفاق على الاشتراك وعلى أنه لم يعم انما الخلاف في تعيين المراد من المفهومين فلا حاجة الى الاستدلال بعدم الانتظام على الاشتراك كما فعل المصنف وهو محل النزاع ولو استدل عليه بتضاد المفهومين كما استدل به على كونه حقيقة فيهما كان أحسن لا يقال استدلاله على أنه حقيقة فيهما استدلال على الاشتراك لانا نقول لا يلزم من كون اللفظ حقيقة في متعدد اشتراكه لفظا لجواز

فعدتها ثلاثة اقراء لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) وهو في عدة الطلاق ظاهر المراد يدل عليها بعبارته وأما الفرقة بغير طلاق فهي في معناه (لان العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح (وهذا) أي التعرف عن براءة الرحم (يتحقق فيها) أي في الفرقة بغير طلاق (والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي الاطهار واللفظ حقيقة فيهما) فكان من الالفاظ المشتركة بين الاضداد (كذا قاله ابن السكيت ولا يمكن أن يتناولهما جملة للاشتراك) فان اللفظ الواحد عندنا لا يدل على معنيين مختلفين حقيقتين أو حقيقة ومجازا على ما عرف في الاصول ولا يبعد في أن يكون تعرض المصنف لكونه من الاضداد إشارة إلى نفي قول من يقول إنه مجاز في أحدهما لانه لابد للمجاز من مناسبة وكونه من الاضداد ينفيها وهذا أيضا مما عرف في الاصول فلابد من الحمل على أحدهما

(قوله واللفظ حقيقة فيهما فكان من الالفاظ المشتركة) أقول غير مطابق للمشروح

والحمل على الحيض أولى لمعان أحدهما العمل بلفظ الجمع يعنى القروء فانه جمع قرء بالفتح والضم ووجهه أن أقل الجمع ثلاثة وذلك إنما يتحقق عند الحمل على الحيض لا على الطهر لما ان الطلاق يوقع فى طهر وهو السنة ثم هو محسوب عن الاقراء عند من يقول بالاطهار فيكون حينئذ مدة عدتها قرأين وبعض الثالث ولفظ الثلاثة فى قوله تعالى ثلاثة قروء خاص لكونه وضع لمعنى معلوم على الانفراد وهو لا يحتمل النقصان وهذا أيضا قد عرف فى الاصول وقد قررناه فى الانوار والتقرير بخلاف مالو أريد بالقروء الحيض فانه يكمل ثلاثا والثانى ان الحيض معرف لبراءة الرحم لان براءتها انما تظهر بالحيض لا بالطهر لما أن الحمل طهر ممتد فيجتمعان فلا يحصل التعرف بانها حامل أو حائل وهو أى التعرف هو المقصود والثالث قوله صلى الله عليه وسلم وعدة الامة حيضتان والرق إنما يؤثر فى التنصيف لا فى النقل من الطهر إلى الحيض فيلحق بيانا به أى فيلحق هذا الخبر بالمشترك من الكتاب بيانا (وان كانت لا تحيض من صغر أو كبر فعدتها ثلاثة أشهر)

(قوله عند من يقول بالاطهار) أقول يعنى عند الشافعى (قوله ولفظ الثلاثة فى قوله مع ثلاثة قروء الخ) أقول فيه بحث لان التعرض للفظ الثلاثة يوجب لغوية قوله العمل بلفظ الجمع الى هنا فالاولى أن يفسر لفظ الجمع فى كلام المصنف بالثلاثة فانه جمع معنى وان لم يكن صيغة والا فالجمع يطلق على فردين وبعض كما فى قوله تعالى الحج أشهر معلومات

والحمل على الحيض أولى إما عملا بلفظ الجمع لانه لو حمل على الاطهار والطلاق يوقع فى طهر لم يبق جمعا أو لانه معرف لبراءة الرحم وهو المقصود أو لقوله عليه الصلاة والسلام وعدة الامة حيضتان فيلتحق بيانا به (وان كانت لا تحيض من صغر أو كبر فعدتها ثلاثة أشهر)

التواطئ والتشكيك لا يقال ليس محل النزاع كما ذكرت للتضاد لانا نقول انما وافق من جعل تعميم المشترك على منع تعميمه انه لا يمكن الجمع وليس يلزم من التضاد ذلك لجواز أن يراد كل من الحيض والطهر فتعتد بمضى ثلاثة اطهار وثلاث حيض انما يمتنع اذا أريد تحقيقهما فى زمن أحدهما (قوله والحمل على الحيض أولى) ادعى الحقيقة فى محل الخلاف واقتصر على دليل نفسه كأنه لعدم دليل معتمد لهم وذلك ان قولهم القرء بمعنى الطهر هو الذى يجمع على قروء واما بمعنى الحيض فانما يجمع على اقراء دعوى لا دليل عليها وكونه وقع فى شعر الاعشى كذلك حيث قال

أفى كل عام انت جاشم غزوة * تشد لاقصاها عزيم عزائكا

مورثة مالا وفى الحى رفعة * لما ضاع فيها من قروء نسائكا

أى من اطهارهن للشغل بالغزو عنهن لا يوجب القصر عليه وكذا الاستشهاد بقوله صلى الله عليه وسلم دعى الصلاة أيام اقرائك لا يوجبه فقد روى أبوداود والنسائى قوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت أبى حبيش فانظرى فاذا أتاك قرؤك فلا تصلى فاذا مر قرؤك فتطهرى وصلى وقال الراجز

يارب ذى ضغن وضب فارض * له قروء كقروء الحائض

يريد كحيض الحائض فان المعنى ان عداوته تجتمع فتهيج كدم الحائض على أنه قد قيل فى بيت الاعشى ان المراد نفس الزمان أى زمان الطهر فان القرء يقال للزمان لغة كثيرا واستدلالهم بقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث ابن عمر مره فليراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم ليطلقها ان شاء فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء يعنى بالامر قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن لا يصح لانه بناء على أن اللام فيه بمعنى فى وهو غير معهود فى الاستعمال ويستلزم تقدم العدة على الطلاق أو مقارنته له لاقتضائه وقوعه فى وقت العدة وقراءة لقبل عدتهن فى صحيح مسلم تنفيه اذ أفادت ان اللام فيه مفيدة معنى استقبال عدتهن وهذا استعمال محقق من العربية يقال فى التاريخ باجماع العربية خرج لثلاث بقين ونحوه ويؤيده ما قال الطحاوى أن النبى صلى الله عليه وسلم خاطب ابن عمر بذلك ومذهب ابن عمر أن الاقراء الحيض فلم يفهم انها الاطهار وهذا بناء على ما بيناه عنه من خلاف ما نقلوه عنه ذكرناه آنفا وتمسكهم بتأنيث العدد فى قوله تعالى ثلاثة قروء وهو يقتضى تذكير المعدود والطهر هو المذكر لا الحيض فلو أريد الحيض لقيل ثلاث قروء ليس بشئ لان الشئ اذا كان له اسمان مذكر كالبر والحنطة ولا تأنيث حقيقى يؤنث عدده اذا أضيف الى اللفظ المذكر ويذكر اذا أضيف الى المؤنث وفى العربية اذا كان المعدود مؤنثا واللفظ مذكرا أو بالعكس فوجهان وما نحن فيه كذلك فان للدم اسمين مذكرا وهو القرء ومؤنثا وهو الحيض فحين أضيف الى المذكر انث وكذا على الاصل الآخر فان الدم مذكر والقرء مذكر فمؤنث عدده ثم ذكر المصنف ثلاثة أوجه الاول قوله عملا بلفظ الجمع أى العدد فانه جمع معنى لا صيغة أو يريد الجمع الصيغى المقرون بالعدد تنصيصا على المراد بكميته أعنى لفظ قروء المقيدة بثلاثة فانه منقطع عنه احتمال أن يراد به غير الكمية العددية المذكورة لو كانت من كميات الجموع فكيف بالكمية التى ليست حقيقة الجمع وهى اللازمة من حمله على الاطهار حيث يصير طهرين وبعض الثالث اذا وقع فى الطهر والالزم احداث قول ثالث اذ كل من قال انه الطهر قال

لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم الآية (وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض) بآخر الآية (وان كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها) لقوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن (وان كانت أمة فعدتها حيضتان) لقوله عليه السلام طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان ولان الرق منصف والحيضة لا تتجزأ فكملت فصارت حيضتين واليه أشار عمر بقوله لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا (وان كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف) لانه متجزئ فأمكن تنصيفه عملا بالرق (وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشر) لقوله تعالى ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا (وعدة الامة شهران وخمسة أيام) لان الرق منصف

تحتسب بالطهر الذي وقع فيه الطلاق وهو نقص عن التقدير القطعي الدلالة والثبوت بخلاف ما اذا حمل على الحيض فانه لو وقع الطلاق في الحيض لا يحتسب بتلك الحيضة فتكمل الثلاث فيتحقق فيه حقيقة العدد وزيادة تثبت ضرورة التكميل وهو جائز اذ لا يمكن التوصل الى حقيقة اقامة الواجب الا بها بخلاف طهرين وبعض الثالث فانه لم يتحقق فيه حقيقته أصلا لا يقال قد أريد بالعدد غير كميته المفادة به في قوله تعالى ان تستغفر لهم سبعين مرة لانا نقول لم يرد بالعدد عدد آخر مباين له بل مجرد التكثير وأين هذا من أن يراد بسبعين مثلا ثمانون أو مائة الثاني قوله ولانه أي الحيض هو المعرف بالذات لبراءة الرحم بخلاف الطهر لانه وان دل فبواسطة الحيض الذي يستلزمه لانه هو المفيد لعدم انسداد فم الرحم بالحبل اذ لو انسد به لم تحض عادة ولذا نص عليه الصلاة والسلام أن مفيد البراءة الحيض حيث قال في السبايا حتى يستبرئن بحيضة ولم يقل بطهر الثالث هو قوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان وتقدم في باب الطلاق تخريجه وأسند الشافعي حدثنا سفيان بن عيينة عن محمد بن عبد الرحمن مولى أبي طلحة عن سليمان بن يسار عن عبد الله بن عتبة عن عمر رضي الله عنه قال ينكح العبد امرأتين ويطلق تطليقتين وتعتد الامة حيضتين فان لم تكن تحيض فشهرين أو شهرا ونصفا وكذا رواه الدارقطني والاجماع على انها لا تخالف الحرة فيما به الاعتداد بل في الكمية فيلتحق قوله تعالى ثلاثة قروء بالاجمال الكائن بالاشتراك بيانا له ومن الادلة الظاهرة فيه قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم الى قوله فعدتهن ثلاثة أشهر اذ لا شك في أن الاعتداد بالاقراء أصل والاشهر خلف عنه انما يصار اليه عند عدمها فلما علق سبحانه وتعالى المصير اليه بعدم الحيض دل ان الحيض هو المراد بالاقراء في الآية وكونه ينعدم الطهر بعدم الحيض فالتعليق بعدم الحيض انما هو لعدم الطهر احتمال يقابله الظهور اذ الظاهر تعليق المصير الى الخلف بعدم عين ما شرع أصلا لا بعدم شئ آخر يستلزمه فكان الاصل أن يقال واللائي يئسن من القروء فلما جاء قوله تعالى بلفظ الحيض مكانه وهو مشترك علم انه لافادة انه هو ﴿فرع﴾ تنقضي عدة الطلاق البائن والثلاث بالوطء المحرم بان وطئها وهي معتدة عالما بحرمتها بخلاف ما لو ادعى الشبهة أو كان منكرا طلاقها فانها تستقبل العدة واذا كان منكرا حتى لم تنقض العدة ليس لها أن تطالبه بنفقة هذه العدة ولو طلقها في هذه العدة لا يقع ويحل له نكاح أختها (قوله وان كانت لا تحيض) لصغر بان لم تبلغ سن الحيض على الخلاف فيه وأقله تسع على المختار أو كبر بان بلغت سن الاياس وانقطع حيضها فعدتها ثلاثة أشهر لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر ذكر أن بعضهم لما نزلت آية القروء قالوا فعلمنا عدة التي تحيض فالتي لا تحيض لا ندري ما عدتها فأنزل الله تعالى هذه الآية والمعنى ان ارتبتم في عدة التي لم تحض فلم تعلموها فانها ثلاثة أشهر وقيل ان ارتبتم في الدم الذي تراه من بلغت سن الاياس أهو حيض أو فساد فعدتهن ثلاثة أشهر ثم قال المصنف وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض بآخر الآية يعني قوله تعالى واللائي لم يحضن يعني التي

لم تبلغ

لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن (وكذا التي بلغت بالسن) أي خمس عشرة سنة بآخر الآية وهو قوله تعالى واللائي لم يحضن عطف اللائي لم يحضن على اللائي يئسن وجعل لهما خبرا واحدا وفي هذا دلالة ظاهرة على ان الاصل في العدة الحيض والشهور بدل عنها حيث جعل الاشهر عدة بشرط عدم الحيض كما في قوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا

قال المصنف (لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض الآية) أقول لا يخفى عليك ان المفيد للاعتداد بثلاثة أشهر للتي لم تحض لصغر هو آخر الآية لا ما ذكره فليتأمل

(وان كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها) لاطلاق قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن

وان كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها لقوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن)

لم تبلغ بالحيض بل بالسن بان بلغت خمس عشرة سنة على قولهما وسبع عشرة سنة على قول أبي حنيفة ومالك ولم تحض اذا طلقت تعتد بالاشهر أيضا ثم ان وقع الطلاق في أول الشهر اعتدت بأشهر هلالية اتفاقا وان وقع في أثناء الشهر اعتبر كلها بالايام فلا تنقضي الا بتسعين يوما عند أبي حنيفة وعندهما يكمل الاول ثلاثين من الشهر الاخير والشهران المتوسطان بالاهلة والله أعلم ثم لا يخفى ما في كلام المصنف من عدم التحرير فانه جمع بين التي لا تحيض لصغر أو كبر في الاعتداد بثلاثة أشهر واستدل على ذلك بقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض الآية ثم خص التي بلغت بالسن ولم تحض بآخرها حيث قال وكذلك التي بلغت بالسن بآخر الآية ولا يخفى ان آخرها أعني قوله تعالى واللائي لم يحضن هو المفيد للاعتداد بثلاثة أشهر للتي لم تحض لصغر كأنه المفيد للاعتداد بها في التي بلغت بالسن والحاصل ان من كان طهرها أصليا فعدتها بالاشهر سواء بلغت بالسن ولم تحض وان استمرت لا تحيض الى ثلاثين سنة فعدتها ثلاثة أشهر أو هي مراهقة أو لم تبلغ الى سن يحكم بالبلوغ فيه على اختلافهم فيه انه تسع أو سبع والاول أصح وعن الشيخ أبي بكر محمد بن الفضل انها اذا كانت مراهقة لا تنقضي عدتها بالاشهر بل يوقف حالها حتى يظهر هل حبلت من ذلك الوطء أم لا فان ظهر حبلها اعتدت بالوضع وان لم يظهر فبالاشهر وينبغي على هذا أن تحتسب بالاشهر التي وقفت ليظهر حبلها اذا لم يظهر فانه ظهر بعدم الحبل ان تلك الاشهر كانت هي العدة وغاية الامر انها لم تدر وجه عدتها حتى انقضت ولو حاضت التي بلغت بالسن والمراهقة في أثناء الاشهر الثلاثة استأنفت العدة بالحيض هذا وممن ذكر انها تعتد بالاشهر المستحاضة التي نسيت عادتها وهو مما يلغز فيقال مطلقة شابة ترى ما يصلح حيضا في كل شهر وعدتها بالاشهر لكن في التحقيق ليس عدتها الا بالحيض لكن لما نسيت عادتها جاز كونها أول كل شهر أو آخره فاذا قدرت بثلاثة أشهر علم انها حاضت ثلاث حيض بيقين بخلاف التي لم تنس فانها ترد الى أيام عادتها فجاز كون عادتها أول الشهر فتخرج من العدة في خمسة أو ستة من الثالث واعلم ان اطلاقهم في الانقضاء بثلاثة أشهر في المستحاضة الناسية لعادتها لا يصح الا فيما اذا طلقها أول الشهر أما لو طلقها بعد ما مضى من الشهر قدر ما يصح حيضة ينبغي أن يعتبر ثلاثة أشهر غير باقي هذا الشهر والوجه ظاهر ويجب في التي بلغت مستحاضة مثل المستحاضة التي ضلت عادتها ثلاثة أشهر ثم أكثر المشايخ لا يطلقون لفظ الوجوب على هذه الصغيرة لانها غير مخاطبة بل يقولون تعتد وفي المبسوط قال بعض علمائنا هي لا تخاطب بالاعتداد ولكن الولي يخاطب بأن لا يزوجها حتى تنقضي مدة العدة مع ان العدة مجرد مضي المدة فثبوتها في حقها لا يؤدي الى توجيه خطاب الشرع عليها ولا يخفى ان القائل الاول قوله مبني على أنه يراها المحرمات أو التربص الواجب فان قلت وعلى تقدير كونها مضي المدة أليس أن فيها يجب أن لا تتزوج فلا بد أن يتعلق خطاب نهي التزوج بالولي فجعلها المدة كما قال شمس الائمة لا يستلزم انتفاء قول الاول يخاطب الولي بان لا يزوجها فالجواب لا يلزم فانا اذا قلنا بانها المدة فالثابت فيها عدم صحة التزوج لا خطاب أحد بل وضع الشارع عدم الصحة لو فعل (قوله وان كانت حاملا) يعني المطلقة فعدتها بالوضع بالآية المذكورة وان كانت أمة وأطلق فيتناول الحمل الثابت النسب وغيره فلو طلق كبير زوجته بعد الدخول فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر من العقد فعدتها بوضع الحمل عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف بالحيض في رواية عنه وسنبين ذلك في مسئلة الصغير وفي المنتقى اذا خرج من الولد نصف البدن من قبل الرجلين سوى الرجلين أو من قبل الرأس سوى الرأس

وقوله (فان كانت أمة) ظاهر وقوله (وعدة الحرة فى الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة (٢٧٤) أشهر وعشرا) نسخ قوله تعالى وصية لازواجهم متاعا الى الحول غير اخراج واستدل عليه بما

وقال عبد الله بن مسعود من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى نزلت بعد الآية التى فى سورة البقرة وقال عمر لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها أن تتزوج

انقضت العدة والبدن من المنكبين الى الاليتين وفى الخلاصة كل من حبلت فى عدتها فعدتها أن تضع حملها والمتوفى عنها زوجها اذا حبلت بعد موت الزوج فعدتها بالشهور (قوله وان كانت) أى المطلقة أمة فعدتها حيضتان لقوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان ولان الرق منصف وقد تقدم توجيهه فى فصل المحرمات وغيره والحيضة لا تتجزأ فكملت وثبوت الزيادة لضرورة التكميل واجب لان فيه تحقيق الواجب على ما تقدم آنفا (قوله واليه أشار عمر) أى الى ان تكميل الثانية ضرورة بقوله لو استطعت الى آخره أخرج عبد الرزاق حدثنا ابن جريج عن عمرو ابن دينار أنه سمع عمرو بن أوس الثقفى يقول أخبرنى رجل من ثقيف قال سمعت عمر بن الخطاب رضى الله عنه يقول لو استطعت ان أجعلها حيضة ونصفا فعلت فقال له رجل لو جعلتها شهرا ونصفا فسكت عمر ورواه الشافعى فى مسنده وابن أبى شيبة فى مصنفه حدثنا سفيان بن عيينة عن عمرو ابن دينار بما فى سند عبد الرزاق ويشبه أن يكون سكوت عمر لعدم الالتفات لقوله لانه كان يتكلم فى ذات الاقراء والعدة بالاشهر لا تكون الا لمن أيس منها فشورة الرجل فى غير محل الحكم المذكور وأما اذا كانت لا تحيض من صغر أو كبر فعدتها شهر ونصف لانه متجزئ فأمكن تنصيفه والمدبرة والمكاتبة وأم الولد فى الطلاق والفسخ كالامة (قوله وعدة الحرة فى الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام) سواء كانت مدخولا بها أو لا مسلمة أو كتابية تحت مسلم صغيرة أو كبيرة أو آيسة وزوجها عبد أو حر حاضت فى هذه المدة أو لم تحض ولم يظهر حبلها وعن بعض السلف عدتها عزيمة عام ورخصة الاربعة الاشهر والعشرة الايام لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية لازواجهم الآية والجمهور على نسخها بآية الاشهر أعنى ما كان من وجوب الايصاء والايقاف الى الحول وقال الاوزاعى أربعة أشهر وعشر ليال فلو تزوجت فى اليوم العاشر جاز أخذا من تذكير العدد أعنى العشر فى الكتاب والسنة وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام الا على زوج أربعة أشهر وعشرا فيجب كون المعدود الليالى والا لانثه قلنا الاستعمال فى مثله من ذكر عدة الليالى يدخل ما بازائها من الايام على ما عرف بالتاريخ حيث يكتب بالليالى فيقال لسبع خلون مثلا ويراد كون عدة الايام كذلك وان كانت أمة فشهران وخمسة أيام على وزان ما تقدم ثم ابتداء المدة من وقت الموت وعن على رضى الله عنه من وقت علمها حتى لو مات فى سفر فلم يبلغها حتى مضت أربعة أشهر وعشر انقضت عدتها بذلك عند الجمهور وعنده رضى الله عنه لا تنقضى العدة حتى تمر عليها من حين علمت لان عليها الاحداد ولا يمكنها اقامته الا بالعلم قلنا قصاراه أن تكون كالعالمة ولم تحد حتى مضت المدة تخرج اتفاقا من العدة على أن المقصود الاصلى منها عدم التزوج وقد وجد ومعنى العبادة تابع لما سيذكر ووجوبها على الكتابية تحت المسلم يؤيده (قوله وان كانت) أى المتوفى عنها حاملا فعدتها أن تضع حرة كانت أو أمة كالمطلقة والمتاركة فى النكاح الفاسد والموطوءة بشبهة اذا كانت حاملا كذلك لاطلاق قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن وكان على

روى ان المتوفى عنها زوجها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تستأذنه فى الاكتحال فقال صلى الله عليه وسلم كانت احداكن فى الجاهلية اذا توفى عنها زوجها قعدت فى شر أحلاسها فى بيتها حولا ثم خرجت نزلت كلبة ببعرة أفلا أربعة أشهر وعشرا فسقط استدلال من يقول لها عدتان طولى وهى الحول والقصرى وهى أربعة أشهر وعشر وان الاولى هى العدة الكاملة وان الثانية رخصة (وعدة الامة شهران وخمسة أيام) لما عرف غير مرة أن الرق منصف (وان كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها لاطلاق قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) وهو مذهب عمر وابن مسعود رضى الله عنهما وكان على يقول تعتد بأبعد الاجلين اما بوضع الحمل واما بأربعة أشهر وعشر أيهما كان أبعد لان قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن الآية يقتضى الاعتداد بوضع الحمل وقوله يتربصن بأنفسهن يوجب الاعتداد بأربعة أشهر وعشر فجمع بينهما احتياطا (وقلنا قال عبد الله ابن مسعود من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى يعنى سورة يا أيها النبى اذا طلقتم النساء الى آخرها نزلت بعد التى فى سورة البقرة) يريد أن قوله تعالى وأولات الاحمال متأخر عن قوله يتربصن بأنفسهن فيكون ناسخا فى ذوات الاحمال (وقال عمر لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها أن تتزوج)

رضى

(واذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها أبعد الاجلين) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف ثلاث حيض ومعناه اذا كان الطلاق بائنا أو ثلاثا أما اذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالاجماع

رضي الله عنه يقول لابد من الوضع والاربعة أشهر وعشر وهو قول ابن عباس لان هذه الآية توجب عليها العدة بوضع الحمل وقوله تعالى يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا يوجبها عليها فيجمع احتياطا وفي موطا مالك عن سليمان بن يسار أن عبد الله بن عباس وأبا سلمة بن عبد الرحمن بن عوف اختلفوا في المرأة تنفس بعد زوجها بليال فقال أبو سلمة اذا وضعت ما في بطنها فقد حلت وقال ابن عباس آخر الاجلين فقال أبو هريرة رضي الله عنه أنا مع ابن أخي يعني أبا سلمة فأرسلوا كريبا مولى ابن عباس إلى أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم يسألها عن ذلك فأخبرهم انها قالت ولدت سبيعة الاسلمية بعد وفاة زوجها بليال فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد حللت فانكحي من شئت وفي الترمذي انها وضعت بعد وفاته بثلاث وعشرين أو خمسة وعشرين يوما وأخرج البخاري عن ابن مسعود قال أتجعلون عليها التغليظ ولا تجعلون لها الرخصة لنزلت سورة النساء القصرى بعد الطولى يريد بالقصرى يا أيها النبي اذا طلقتم النساء والطولى البقرة والمباهلة الملاعنة كانوا اذا اختلفوا في شئ اجتمعوا وقالوا بهلة الله على الظالم منا وقيل هي مشروعة في زماننا وقد ورد بلفظ الملاعنة أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه بلفظ من شاء لاعنته لأنزلت سورة النساء القصرى بعد الاربعة أشهر وعشر وأخرجه البزار بلفظ من شاء حالفته وأسند عبد الله بن أحمد بن حنبل في مسند أبيه عن أبي بن كعب رضي الله عنه قال للنبي صلى الله عليه وسلم وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن المطلقة ثلاثا أو المتوفى عنها زوجها فقال هي المطلقة ثلاثا والمتوفى عنها زوجها وفيه المثنى بن صباح وهو متروك وقول عمر رواه في الموطا عن نافع عن ابن عمر أنه سئل عن المرأة التي توفي عنها زوجها وهي حامل فقال اذا وضعت حملها فقد حلت فأخبره رجل من الانصار ان عمر قال لو وضعت وزوجها على سريره ولم يدفن بعد حلت وفيه رجل مجهول وفي الصحيحين حديث عمر بن عبد الله بن الارقم انه دخل على سبيعة بنت الحرث الاسلمية فسألها عن حديثها فأخبرته انها كانت تحت سعد بن خولة وهو من بني عامر ابن لؤي وكان ممن شهد بدرا فتوفي عنها في حجة الوداع وهي حامل فلم تنشب أن وضعت حملها فلما تعلت من نفاسها تجملت للخطاب فدخل عليها أبو السنابل بن بعكك رجل من بني عبد الدار فقال مالي أراك متجملة لعلك ترجين النكاح والله ما أنت بناكحة حتى تمر عليك أربعة أشهر وعشر قالت فلما قال لي ذلك جمعت على ثيابي حين أمسيت فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فسألته عن ذلك فأفتاني بأني قد حللت حين وضعت حملي وأمرني بالتزوج ان بدالي وكما كان الاعتداد بالوضع لا تنقضي العدة الا بوضع الكل فلو وضعت ولدا وفي بطنها آخر لم تنقض عدتها وقولها أفتاني أني قد حللت حين وضعت يرد قول من قال من السلف لا تحل حتى تنقضي مدة نفاسها كانهم أخذوه من قوله فلما تعلت من نفاسها قال لها انكحي من شئت رتب الاحلال على التعلي فيتراءى توقفه على الطهر فيتقيد به لكن ما ذكرنا صريح في ثبوت الحل بالوضع ولو تزوجت بعد الاشهر ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر من المدة ظهر فساد النكاح ولحق بالميت (قوله واذا ورثت المطلقة في المرض) يتعلق بالمطلقة أي ورثت التي طلقت في المرض بأن طلقها بغير رضاها بحيث صار فارا ومات وهي في العدة (فعدتها أبعد الاجلين) أي الابعد من أربعة أشهر وعشر وثلاث حيض فلو تربصت حتى مضت ثلاث حيض ولم تستكمل أربعة أشهر وعشرا لم تنقض عدتها حتى تستكملها وان مضت أربعة أشهر وعشر ولم تمض لها ثلاث حيض بان امتد طهرها لم تنقض عدتها حتى تمضي وان مكثت سنين ما لم تدخل سن الاياس فتعتد بالاشهر اذا عرفت

قال (واذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها أبعد الاجلين) عدة المطلقة بطلاق الفار إذا كان بائنا أو ثلاثا أبعد الاجلين أن تعتد أربعة أشهر وعشرا فيها ثلاث حيض حتى لو اعتدت أربعة أشهر وعشرا ولم تحض كانت في العدة ما لم تحض ثلاث حيض ولو حاضت ثلاث حيض قبل تمام أربعة أشهر وعشر لا تنقضي عدتها حتى تتم المدة (عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف ثلاث حيض) وأما إذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالاجماع

لابى يوسف أن النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق) لان الكلام فى الطلاق البائن وهو قاطع للنكاح بلا خلاف ومن انقطع نكاحها بالطلاق لزمها ثلاث حيض لان عدة الوفاة مختصة بمن زال نكاحها بالوفاة وهذه ليست كذلك فان قيل لو كان كذلك لما بقى فى حق الارث أجاب بقوله الا أنه بقى فى حق الارث يعنى بالدليل الدال على توريثها (لا فى حق تغيير العدة بخلاف الطلاق الرجعى لان النكاح باق من كل وجه) لما تقدم (ولهما أنه لما بقى فى حق الارث يجعل باقيا فى حق العدة) وبيان الملازمة بقوله (احتياطا)

بيانه أنا إنما أعطيناها الميراث باعتبار أن النكاح بمنزلة القائم بينهما حكما الى وقت الموت أو باعتبار إقامة العدة مقام أصل النكاح حكما إذ لا بد للميراث من قيام السبب عند الموت والميراث لا يثبت بالشك والعدة تجب به فاذا جعل النكاح فى حكم الميراث كالمنتهى بالموت حكما ففى حكم العدة أولى وسبب وجوب العدة عليها بالحيض متقرر حقيقة فألزمناها الجمع بينهما احتياطا وقوله (ولو قتل على ردته) جواب عما استدل به أبو يوسف فقال ألا ترى ان المرتد اذا مات أو قتل على ردته ترثه زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة بالاجماع لان زوال النكاح كان بردته لا بموته فكذلك زوال النكاح ههنا بالطلاق البائن لا بالموت وتقريره ان ذلك أيضا على هذا الاختلاف عندهما تعتدّ بأبعد الاجلين فلا ينتهض دليلا وقيل عدتها بالحيض بالاجماع وعذرهما عن ذلك ما ذكره فى الكتاب أن النكاح ما اعتبر باقيا إلى وقت الموت فى حق الارث لانها عنده مسلمة والمسلمة لا ترث الكافر ولكن يستند استحقاق فيلزمها
الميراث إلى وقت الردة وبذلك السبب لزمتها العدة بالحيض فلا يلزمها عدة الوفاة وههنا استحقاق الميراث عند الموت لا عند الطلاق فعرفنا ان النكاح كالقائم بينهما إلى وقت الموت حكما

لابى يوسف ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمتها ثلاث حيض وانما تجب عدة الوفاة اذا زال النكاح فى الوفاة الا انه بقى فى حق الارث لا فى حق تغيير العدة بخلاف الرجعى لان النكاح باق من كل وجه ولهما انه لما بقى فى حق الارث يجعل باقيا فى حق العدة احتياطا فيجمع بينهما ولو قتل على ردته حتى ورثته امرأته فعدتها على هذا الاختلاف وقيل عدتها بالحيض بالاجماع لان النكاح حينئذ ما اعتبر باقيا الى وقت الموت فى حق الارث لان المسلمة لا ترث من الكافر

هذا فى فسر أبعد الاجلين بانها تعتد بأربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض مقصر اذ لا يصدق الا اذا كانت الاربعة أشهر وعشر أبعد من الثلاث حيض وحقيقة الحال انه لا بد من أن تتربص آخر الاجلين وهذا الحكم ثابت فى صور احداها هذه والثانية اذا قال لزوجتيه أو زوجاته احداكن طالق بائن ومات قبل البيان فعلى كل واحدة الاعتداد بأبعد الاجلين ولو بين فى احداهما كان ابتداء العدة من وقت البيان والثالثة أم الولد اذا مات زوجها وسيدها ولم يدر أيهما مات أولا وعلم أن بينهما شهرين وخمسة أيام فصاعدا وسنفصلها ان شاء الله تعالى ثم المراد بذلك الطلاق الطلاق البائن واحدة أو ثلاثا أما اذا طلقها رجعيا فعدتها عدة الوفاة سواء طلقها فى مرضه أو فى صحته ودخلت فى عدة الطلاق ثم مات الزوج فانها تنتقل عدتها الى عدة الوفاة وترث بخلاف ما اذا طلقها بائنا فى صحته ثم مات لا تنتقل ولا ترث بالاتفاق (**قوله** لابى يوسف ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالبائن ولزمها ثلاث حيض حكماله وانما تلزم عدة الوفاة اذا انقطع بالموت وليس فليس وانما بقى فى حق الارث) لاجماع الصحابة ردّا لقصده السئ عليه وهذا لا يستلزم الحكم ببقائه فى حق العدة فلا تتغير به العدة بخلاف الرجعى لان النكاح قائم من كل وجه وانما انقطع بالموت فتجب عدة الوفاة فيه (**قوله** فيجمع بينهما) أى بين عدة الطلاق والوفاة وذلك لانه انقطع بالوفاة حقيقة وبالموت حكما أما الاول فبفرض المسئلة انه أبانها قبل الموت وباعتباره يجب عدة الطلاق وأما الثانى فباعتبار قيام النكاح عند الموت فان توريثها يستلزم ذلك ولازمه لزوم عدة الوفاة ولازم اللازم لازم فيلزم توريثها الاعتداد بعدة الوفاة فتجب عدة الوفاة لكن بقى قول أبى يوسف ان اعتباره قائما للرد قصده عدم توريثها عليه لا يستلزم أن يبقى فى حق العدة وجوابه ان الارث لا يثبت بالشك والعدة تثبت به فاذا بقى النكاح شرعا فى حق الارث فلان يبقى فى حق العدة أولى مع ان الاصل ان الشئ انما يثبت بلازمه وهذا هو معنى قول المصنف احتياطا (**قوله** ولو قتل على ردته الخ) جواب عن مقيس عليه مقدر لابى يوسف وهو انه لو ارتد زوج المسلمة فمات أو قتل على ردته ترث زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة بل الحيض لان زوال النكاح كان بالردة لا بالوفاة فكذا هنا زواله بالطلاق لا بالموت فلا تجب عدة الموت فأجاب بمنع حكم الاصل أولا فقال لا نسلم انه لا يلزمها عدة الوفاة بل تلزمها اليه أشار الكرخى وما ذكرت من مذهبك فهو على الخلاف

(قوله أو باعتبار اقامة العدة الخ) أقول فيه تأمل فانها لا تنتهى بالموت وانها موجودة فى طلاق الصحيح اذا مات قبل انقضاء العدة (قوله لانها عنده مسلمة) أقول ضمير عنده راجع الى الموت

(فاذا اعتقت الامة فى عدتها من طلاق رجعى انتقلت عدتها الى عدة الحرائر) لقيام النكاح من كل وجه (وان أعتقت وهى مبتوتة أو متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها) الى عدة الحرائر لزوال النكاح بالبينونة أو الموت (وان كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدتها وعليها أن تستأنف العدة بالحيض) ومعناه اذا رأت الدم على العادة لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا وهذا لان شرط الخلفية تحقق اليأس وذلك باستدامة العجز الى الممات كالفدية فى حق الشيخ الفانى

فيلزمها الجمع بين المدة والحيض فلا يصح به الالزام ولئن سلمنا ان لزوم الحيض اتفاقى فالفرق أن توريثها وهو الحكم الثابت يفيد أنه لم يعتبر النكاح شرعا قائما الى الموت لانه لو اعتبر كذلك لم ترث اذ لا يرث المسلم الكافر فيلزم العلم باعتبار استناد الارث الى وقت حدوث الردة اعتبارا للردة موتا حكما وقد تحقق هذا الموت وهما مسلمان غير أنه زال به اسلامه وبذلك السبب لزمها العدة بالحيض فلا يلزمها عدة الوفاة

(قوله فاذا اعتقت الامة فى عدتها من طلاق رجعى انتقلت عدتها الى عدة الحرائر فتكمل ثلاث حيض لقيام النكاح من كل وجه) أى بعد الطلاق الرجعى فلما أعتقت والحال قيامه من كل وجه كمل ملك الزوج عليها والعدة فى الملك الكامل مقدرة شرعا بعدة الحرائر ثلاث حيض كذا فى الكافى ووضع فى شرح الكنز لفظ الطلاق مكان لفظ العدة فقال والطلاق فى الملك الكامل يوجب عدة الحرائر ولا يخفى أن الطلاق لم يحدث فى الملك الكامل بل طرأ كمال الملك بعده بالعتق اللهم الا أن يجعل ابقائه الحكمى حكم ابتدائه وهو ممكن لو كانت اجماعية لكن هى خلافية وبقولنا قال الشافعى فى الاظهر وأحمد واسحق والحسن والشعبى والضحاك وقال مالك وأبو ثور لا تكمل عدتها فى الرجعى والبائن وعن الزهرى وعطاء وقتادة تكمل فلا بد من اثبات اعتبار بقائه كابتدائه وجه قول مالك ان بمجرد الطلاق تم سبب عدة الاماء وشرطها وهو ورود الطلاق على أمة عقيب نكاح متأكد فلو وجبت عدة الحرائر كان على خلاف مقتضى السبب وتحقيق الجواب منع تأثير سبب العدة فى كمية مخصوصة فالنكاح سبب للعدة عند الطلاق فقط لا بقيد كمية خاصة اذ لا يعقل تأثير النكاح فى خصوص كمية بل فى مطلق التربص تعرفا وتأسفا وتقدير الكمية لحكمة أخرى سنذكرها فى عدة النكاح الفاسد وحينئذ سلم الوجه المذكور للانتقال عن المعارض وقد صور الانتقال الى جميع كميات العدة البسيطة وهى أربعة صورتها أمة صغيرة منكوحة طلقت رجعيا فعدتها شهر ونصف فلو حاضت فى أثنائها انتقلت الى حيضتين فلو أعتقت قبل مضيهما صارت ثلاث حيض فلو مات زوجها قبل انقضائها انتقلت الى أربعة أشهر وعشر (قوله وان كانت آيسة فاعتدت بالشهور) يمكن كون كان تامة يعنى اذا وجدت امرأة آيسة فاعتدت بالشهور (قوله ثم رأت الدم) بعد انقضاء الاشهر أو فى خلالها (انتقض ما مضى من عدتها) وظهر فساد نكاحها الكائن بعد تلك العدة حتى لو كانت حبلت من الزوج الآخر انتقضت عدتها وفسد نكاحها صرح به ويندرج فى اطلاق الانتقاض وهو لازم للتعليل الذى ذكره فى الكتاب بقوله (لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا) وعلله بأن شرط الخلفية أى خلفية الاعتداد بالاشهر عن الحيض تحقق الاياس بالنص وهو قوله تعالى واللائى يئسن من المحيض الآية والاياس لا يتحقق الا باستدامة العجز الى الممات كالفدية فى حق الشيخ الفانى فاذا ظهر الدم ظهر عدم الخلفية فظهر عدم انقضاء العدة الا أن هذا يتوقف على كون ذلك الدم حيضا وهذا ليس بلازم من مجرد وجوده لجواز كونه دما فاسدا فلذا قيده بقوله ومعناه اذا رأت الدم على العادة لانه حينئذ ظاهر فى انه ذلك المعتاد وعود العادة يبطل الاياس ثم فسر بعضهم هذا بأن تراه سائلا كثيرا احترازا عما اذا رأت بلة يسيرة ونحوها وقيده أيضا بأن يكون أحمر أو أسود فلو كان أصفر أو أخضر أو تربية لا يكون حيضا ومنهم من لم يتصرف فيه فقال معناه اذا رأته على العادة الجارية وهو يفيد انها

وقوله (فاذا اعتقت الامة فى عدتها) ظاهر واعترض بان العدة حكم زوال الزوجية وحكم الزوال يثبت عند الزوال فينبغى أن لا تتحول العدة فى الرجعى أيضا لانها عند الزوال أمة ولهذا تعتد من وقت الطلاق وأجيب بانها انما تحولت لان سببها وهو الزوال متردد فكانت مترددة لتردد سببها فتغيرت ولهذا تحولت بالموت من الاقراء الى الشهور بخلاف البائن فان سببه ليس بمتردد فلم تتحول العدة بالعتق قوله (وان كانت آيسة) ظاهر وقوله (واذا رأت على العادة) يعنى ان رأت دما سائلا وكان محمد بن ابراهيم الميدانى يقول اذا رأت دما سائلا كما كانت تراه فى زمان حيضها انه حيض وان رأت بلة يسيرة لم تكن حيضا بل ذلك من نتن الرحم فكان فاسدا لا يتعلق به حكم الحيض وقوله (لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح) قيد بالصحيح احترازا عن قول محمد بن مقاتل الرازى فانه كان يقول هذا اذا لم يحكم باياسها فأما اذا انقطع الدم عنها زمانا حتى حكم باياسها وكانت ابنة تسعين سنة أو نحوها فرأت الدم بعد ذلك لم يكن حيضا

(قوله وأجيب بانها انما تحولت لان سببها وهو الزوال الى قوله فلم تتحول العدة بالعتق) أقول لا يقال أورد هذا الجواب قول المصنف لقيام النكاح من كل وجه لان ذلك بالتبين اذا راجع وأما اذا لم يراجع فالمبطل يعمل عمله من وقت وجوده وقد مر فى باب الرجعة

اذا كانت عادتها قبل الاياس أصفر فرأته كذلك أو علقا فرأته كذلك كان حيضا مظهرا عدم انقضاء
العدة بالاشهر ثم أطلق المصنف انتقاض العدة والاستئناف فاقتضى ثبوت ذلك سواء قلنا بتقدير
الاياس بمدة أولا وذكر في المحيط أن في ذلك روايتين في رواية لا تقدير فيه واياسها على هذه أن
تبلغ من السن ما لا يحيض فيه مثلها فاذا بلغت هذا المبلغ وانقطع الدم حكم باياسها فان رأت بعد
دما يكون حيضا على هذه الرواية فيبطل الاعتداد بتلك الاشهر ويظهر فساد النكاح ويمكن كون
المراد بمثلها فيما ذكر المماثلة في تركيب البدن والسمن والهزال وفي رواية يقدر بخمس وخمسين سنة
وهو رواية الحسن وعليه أكثر المشايخ وفي المنافع وعليه الفتوى وعن محمد انه قدره في الروميات
بخمس وخمسين سنة وفي غيرهن بستين وعنه بسبعين وبه قال الصفار وقال أبو الليث لو حاضت ثم
انقطع عنها الدم تصبر ستين سنة وتعتد ولو كانت عادة أمها وأخواتها انقطاعه قبل الستين تأخذ
بعادتهن وبعد الستين لا تأخذ بعادتهن وقال الاقطع فاذا رأت الدم بعد ذلك لا يكون حيضا كالدم الذي
تراه الصغيرة التي لا يحيض مثلها وهذه العبارة تفيد أنه لا يحتاج الى حكم القاضي بالاياس وكذا
العبارة القائلة اذا بلغت المقدر يعني وانقطع حيضها حكم باياسها فان رأت الدم بعد ذلك لا يكون حيضا
انما يقتضي ان يكون عند بلوغ المقدر مع الانقطاع يحكم به شرعا وقيل يكون حيضا ويبطل به
الاعتداد بالاشهر ويظهر فساد النكاح لان الحكم بالاياس بعد خمس وخمسين اذا لم تر الدم بالاجتهاد
والدم حيض بالنص فاذا رأته فقد وجد النص بخلاف الاجتهاد فيبطل كذا نقله بعضهم وهو يفيد
كون الخلاف إنما هو على رواية التقدير وأما على رواية عدمه فلا خلاف في الانتقاض وفي الغاية
معزيا الى الاسبيجابي على رواية عدم التقدير قالوا ولو اعتدت بالاشهر ثم رأت الدم لا تبطل الاشهر وهو
المختار عندنا فثبت اختلاف المشايخ على الروايتين وفي بعض العبارات ما يفيد أن عدم الانتقاض اذا
حكم القاضي بالاياس ويفيد الانتقاض بعدم حكمه به ففي الخلاصة نقل من نوادر الصلاة عن محمد في
العجوز الكبيرة اذا رأت الدم مدة الحيض فهو حيض ثم نقل قول ابن مقاتل انها محمولة على ما اذا لم
يحكم باياسها أما اذا انقطع وحكم باياسها وهي ابنة سبعين سنة أو نحوه فرأت الدم لا يكون حيضا وقال
بعده بخطوط وطريق القضاء أن يدعي أحد الزوجين فساد النكاح بسبب قيام العدة فيقضي القاضي
بجوازه بانقضاء العدة بالاشهر قال وكان الصدر الشهيد يفتي بأنها لو رأت بعد ذلك دما يكون حيضا
ويفتي ببطلان الاعتداد بالاشهر ان كانت رأت الدم قبل تمام الاشهر وان كانت رأته بعد تمام
الاعتداد بالاشهر لا تبطل الانكحة قضى القاضي بجواز النكاح أو لم يقض ثم ذكر الخلاف
صريحا مبنيا على ما قلناه من مجموع النوازل أن الآيسة اذا اعتدت بالشهور وتزوجت ثم رأت الدم
يكون النكاح فاسدا عند بعض المشايخ رحمهم الله إلا إذا قضى القاضي بجواز النكاح ثم رأت الدم
لا يكون النكاح فاسدا ثم قال والاصح ان النكاح يكون جائزا ولا يشترط القضاء وفي المستقبل
العدة بالحيض انتهى فتحصل في المسئلة أقوال على التقدير وعدمه وهي تنتقض إذا رأته قبل انقضاء
الاشهر وبعدها في الماضي والمستقبل قدر أقل مدة الاياس أولا حكم بالاياس أولا وهو ظاهر مختار
المصنف من التصوير والتعليل لا تنتقض مطلقا تنتقض كذلك اذا رأته قبل تمام الاشهر وان كان
بعدها فلا يبطل فلا تنتقض الانكحة قضي بالاياس أولا وهو قول الشهيد تنتقض اذا لم يكن قضي باياسها
كما قلنا لا تنتقض ان كان حكم باياسها وهو بان يدعي فساد النكاح فيحكم بصحته وبانقضاء العدة
وتنتقض اذا لم يكن حكم بالاياس والقول الصحيح المصحح في النوازل انتقض في المستقبل فلا تعتد
الا بالحيض لا الماضي فلا تفسد الانكحة المباشرة عن الاعتداد بالاشهر واذا عرفت هذا فقول المصنف
هو الصحيح احترازا عن كل قول يخالف اطلاق الانتقاض مطلقا كان أو مقيدا ولا ومبنى مختاره على

وقوله (تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل) منقوض بمن صلى بوضوء ثم سبقه الحدث ولم يجد ماء فانه يبنى بالتيمم وكذلك اذا عجز عن الركوع والسجود يومى وفى ذلك جمع بين البدل والمبدل وأجيب بان البدلية اما أن تعتبر فى الصلاة أو فى الطهارة وكلاهما غير صحيح أما الاول فلان الصلاة بالتيمم ليست ببدل عن الصلاة بالوضوء

وكذلك الصلاة بالايماء ليست ببدل عن الصلاة بالركوع والسجود لان بعض الشئ لا يكون بدلا عن كله وأما الثانى فلان الطهارة وان كانت فيها البدلية لكن لا جمع بينهما لان احدى الطهارتين لا تكمل بالاخرى وأما العدة بالشهور فبدل عن الحيض وا كمال البدل بالاصل جمع بينهما قال (والمنكوحة نكاحا فاسدا) كالمنكوحة بغير شهود باتفاق علمائنا والمحرم اذا نكحها المحرم عالما بحرمتها عند أبى حنيفة (والموطوءة بشبهة) وهى التى زفت الى غير زوجها فوطئها

(ولو حاضت حيضتين ثم أيست تعتد بالشهور) تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل (والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة

اشتراط تحقق الاياس لخلفية الاشهر بالنص وان تحقق اليأس لا يكون الا باستدامة الانقطاع الى الممات ولا شك فى الاول لكن كون تحققه موقوفا على استدامة الانقطاع لا أعلم فيه دليلا سوى ما يتوهم من لفظ اليأس أنه يقتضى ذلك ولا شك ان اليأس من مقولة الادراك فانه ليس الا اعتقاد ان الشئ لا يقع أبدا أما أنه يستدعى كون ذلك الاعتقاد علما حتى لا يتصور وجود خلاف متعلقه فلا ولذا قد يتحقق اليأس من الشئ ثم يوجد وكثيرا ما يقال فى الوقائع كنت أيست من كذا ثم وجدته فانما يستدعى سبباله وكونه بأن ينعدم الحيض و يمتد و ينتفى تخايل وجوده فى باقى العمر لكبر السن كاف فيه وعلى هذا إذا رأته بعد الاياس لا ينتقض ما مضى ولا يفسد النكاح المباشر عن اعتداد بالاشهر لوقوعه معتبرا لوجود شرطه و يبقى النظر بعد ذلك فى انه هل ينتقض فيما يستقبل فلا تعتد الا بالحيض فيكون هذا ما صححه فى مجموع النوازل أو لا ينتقض فيما يستقبل أيضا كقول الصفار وغيره وهو ينبنى على النظر فيما يترجح فى هذا المرئى بعد الاياس أهو حيض أم دم فاسد ولا تعلق له بالقضاء بالاياس وعدمه إذ القضاء لا يرفع وجود المحسوسات فى المستقبل والوجه يقتضى الاختلاف فى المستقبل فلا ينتقض ما مضى لوجود الشرط وهو الاياس لوجود سببه وهو الانقطاع فى سنه وهو الذى يغلب فيه ارتفاع الحيض وهو الحس والحسون وعدم تخايل كونه امتدادا للطهر ولا يجوز فى المستقبل الا الحيض لتحقق الدم المعتاد خارجا من الفرج على غير وجه الفساد بل على الوجه المعتاد وقد علمت ان الاياس لا ينافيه فاذا تحقق الاياس تحقق حكمه و إذا تحقق الحيض تحقق حكمه والله سبحانه أعلم وأما كون العجز المستدام شرطا فى الشيخ الفانى فلا يستلزم مثله فى الاياس اذ لا ملازمة بينهما ما ثبت شرعا والمسئلة نصية لا قياسية نص تعالى على تعليق الاعتداد بالاشهر عند الاياس وقد وجد فثبت الاعتداد بها بالنص ثم زال الاياس فثبت الاعتداد بالاقراء بالنص (قوله ولو حاضت حيضتين ثم أيست) بأن بلغت سن الاياس عند الحيضتين وانقطع أو انقطع عندهما فى سن لم تحض فيه أمها وأخواتها على ما ذكر الفقيه وقوله (تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل) هذا التعليل هو المفيد لكون المراد من قوله تعتد بالشهور انها تستأنف العدة بالشهور وأورد عليه ان المتوضئ إذا سبقه الحدث فى الصلاة ولا ماء يتيمم ويبنى وكذا لو صلى أول صلاته بركوع وسجود ثم عجز جاز له البناء بالايماء وهما بدلان أجيب بالمنع فليس الصلاة بالتيمم بدلا عنها بالوضوء بل التراب خلف عن الماء والطهارة به خلف عنها بالماء والجمع ان يجمع بين التراب والماء فى رفع حدث واحد وليست هذه كذلك بل رفع الحدث الاول بالماء ورفع الثانى بالتراب ولا الايماء خلف عن الاركان لانه موجود فيها وزيادة ولكن سقط عنه بعض ما لا يقدر عليه للعذر وبقى البعض على حاله وبعض الشئ لا يكون خلفا عن الكل لوجوده معه فيستلزم كونه خلفا عن نفسه فانما تكون الخلفية بشئ آخر (قوله والمنكوحة نكاحا فاسدا) وهى المنكوحة بغير شهود ونكاح امرأة الغير ولا علم للزوج الثانى أنها متزوجة فان كان يعلم لا تجب العدة بالدخول حتى لا يحرم على الزوج وطؤها لانه زنا و اذا زنى بامرأة حل لزوجها وطؤها و به يفتى كذا فى الذخيرة ونكاح المحارم مع العلم بعدم الحل فاسد عند أبى حنيفة رحمه الله خلافا لهما والموطوءة بشبهة كالتى زفت الى غير زوجها والموجودة ليلا على فراشه اذا ادعى

(قوله اذا عجز عن الركوع والسجود يومى الخ) أقول يعنى بعد ما صلى أولها بركوع وسجود (قوله فلان الطهارة وان كانت فيها البدلية لكن لا جمع بينهما الخ) أقول يعنى أن المراد بالجمع هو ا كمال أحدهما بالآخر وليس ذلك بموجود فى الطهارتين فانه لم يجمع بينهما فى رفع حدث واحد بل رفع الحدث الاول بالماء والثانى بالتراب ثم اجتمعا فى صلاة واحدة (قوله وأما العدة بالشهور فبدل عن الحيض) أقول قال الله تعالى واللائى يئسن من المحيض الآية (قوله عالما بحرمتها عند أبى حنيفة رحمه الله) أقول يعنى انه فاسد عنده خلافا لهما فانه باطل عندهما وسيجئ فى الحدود

عـدتهما الحيض فى الفرقة والموت) لانها للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعرف (واذا مات مولى أم الولد عنها أو أعتقها فعـدتها ثلاث حيض وقال الشافعى حيضة واحدة) لانها تجب بزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء

الاستبراء (قوله عـدتهما الحيض فى الفرقة) الكائنة بتفريق القاضى أو عزم الواطئ على ترك وطئها (والموت) أى موت الواطئ وذلك لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا ومطلق اسم الزوج انما يقع على المتزوج بنكاح صحيح فالعـدة فى حقهما للتعريف لا لاظهار خطر النكاح باظهار التأسف على زواله غير ان الفاسـد ملحق بالصحيح فتعرف البراءة فيه يجب أن يكون على الوجـه الذى هو ثابت فى الصحيح فلذا وجبت ثلاث حيض ولم يكتف بواحـدة كما فى الاستبراء وانما وجبت فى الصحيح ثلاثا لان المقصود فيه التعرف على وجـه الاحتياط وحيض الحامـل مما يجوز لانه مجتهـد فيه فلا يقوى ظن الفراغ بمرة لجواز كونه حيضا مع الحمل عنـد من يقول به أو استحاضة معه عنـدنا وغاية الامر انه مخالف للعادة بخـلاف ما اذا تكرر فى الاشهر فانه يضـعف تجويز الحمل معه لضعف تجويز مخالفة العادة كثيرا بالحيض أو الاستحاضة مع الحمل بالنسبة الى مخالفتها قليلا وهو ثبوت الحمل مع الدم مرة بخلاف الاستبراء فان التعرف مقصود فيه لا على هذا الوجه فانه لم يتمحض له ألا ترى انه يجب باستحـداث الملك من المرأة فعرفنا بذلك ان فيـه شائبة التعبد (قوله واذا مات مولى أم الولد عنها أو أعتقها فعدتها ثلاث حيض) فان لم تحض فثـلاثة أشهر يعنى اذا لم تكن حاملا ولا تحت زوج ولا فى عدته فان كانت كذلك فعـدتها بوضع الحمل فى الاول وفى الثانى والثالث لا يجب عليها عدة من المولى لعدم ظهور فراش المولى ولو مات زوجها ومولاها ولا يدرى أيهـما أول فاما أن يعلم ان بين موتيهما أقل من شهرين وخمسـة أيام كائنا ما كان ذلك من يوم الى شهرين وأربعة أيام أو يعلم انه شهران وخمسة أيام فصاعدا أو لا يعلم كم بينهما ففى الاول تعتد بأربعـة أشهر وعشر لانه ان كان موت المولى أولا فـلا عـدة منه لانها * ذات بعل ثم موت الزوج بعـده وهى حرة موجب لاربعـة أشهر وعشر وان كان موت الزوج أولا لزمها شهران وخمسـة أيام ثم موت المولى قبـل تمام عـدتها موجب للعتق غير موجب للعدة لانها معتـدة ولا لتغيرها لانها تختص بفرقـة الرجعى فتيقنا بعـدم وجوب العدة من جهـة المولى ودارت فى الزوج بين كونها أربعة أشهر وعشرا وشهرين وخمسـة أيام فوجب الاحتياط فلزمها أربعة أشهر وعشر وفى الثانى يجب أن تعتد بأبعد الاجلين يعنى تجمع بين أربعة أشهر وعشر وثلاث حيض لان السـيد ان كان مات أولا ثم مات الزوج فعليها أربعـة أشهر وعشر لما قلنا وان كان الزوج مات أولا فعدتها شهران وخمسة أيام ثم موت السـيد بعـدها يوجب عليها * ثلاث حيض لانه بعـد انقضاء عدة الزوج فعلى تقدير عدتها أربعة أشهر وعشر وعلى تقـدير عدتها شهران وخمسة أيام وثلاث حيض فلما لم يعلم الواقع كان الاحتياط بان تعتد بأكثر ما يلزمها وفى الثالث كذلك عندهـما لاحتمـال كون الواقع على الوجه الذى ذكرناه وعنـد أبى حنيفـة تعتد بأربعة أشهر وعشر فقط لاحتمـال ان الزوج هو المتأخر ولا يعتـبر فيها الحيض لان سبب وجوب العـدة للمولى وهو ظهور فراشـه لم يوجـد والاحتياط انما يكون بعد ظهور السبب لانه العمل بأقوى الدليلين ولا يخفى انه مشـترك الالزام (قوله وقال الشافعى حيضـة واحدة) وهو قول مالك وأحمد وقواهـم قول ابن عمر وعائشـة وعن سـعيد بن المسيب وابن جبير وابن سيرين ومجاهـد والزهـرى والاوزاعى واسحق انها تعتـد بأربعـة أشهر وقولنا قول عمـر وعلى وابن مسـعود وعطاء والنخعى والثورى وعنـد الظاهرية لا استبراء على أم الولد وتتزوج ان شاءت اذا لم تكن حاملا وهذا بناء على عدم اعتبارهم القياس الجلى وهو المسمى عندنا بدلالة النص وعند غيرنا بمفهوم الموافقة وهذه المسئلة قياسية ولا شك انه يتحقق بموت المولى وعتقه كل من أمرين زوال ملك اليمين وزوال الفراش فقاسوا على

(عدتهما الحيض فى الفرقة والموت جميعا لانها) أى لان عدتها (للتعرف عن براءة الرحـم لا لقضاء حـق النكاح) اذ لا حق للنكاح الفاسـد والوطء بشبهة (والحيض هو المعرف) ولا تفـرقة فى ذلك بين الفرقـة والموت فان قيل فعـلى هذا وجب أن يكتفى بحيضـة واحدة أو شهر كما فى الاسـتبراء وليس كذلك أجيب بانها انما كانت ثلاث حيض الحاقا للشبهة بالحقيقة فان أحكام العقد الفاسد أبدا يؤخذ من حكم الصحيح كما فى البيع الفاسد والاجارة الفاسـدة فانهما يفيدان افادة الصحيح غير ان ثبوت الملك يتوقف عـلى القبض لوهاء فيه ولذلك يثبت أجر المثـل دون المسمى كذلك وههنا أيضا لم تثبت عـدة الوفاة لوهاء فيه فان عـدة الوفاة لزيادة اظهار التأسف لفوات نعمـة النكاح والنعمة فى النكاح الصحيح دون الفاسد فلذلك اختصت بالصحيح ولكن لما كان فيه جهة النكاح ألحق بالصحيح فى اعتبار مدة العدة احتياطا (واذا مات مولى أم الولد عنها أو أعتقها فعـدتها ثلاث حيض وقال الشافعى حيضة واحـدة) وهو مروى عن ابن عمر قال عدتها أثر ملك اليمين (لانها تجب بزواله وكان كالاستبراء) ولهذا لا تختلف بالحياة والوفاة

ولنا انها وجبت بزوال الفراش فأشبه عدة النكاح ثم اماما منافيه عمر فانه قال عدة أم الولد ثلاث حيض (ولو كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلاثة أشهر) كما في النكاح (واذا مات الصغير عن امرأته وبها حبل فعدتها أن تضع حملها)

الاول هكذا تربص يجب بزوال ملك اليمين فيقدر بحيضة كالاستبراء وقلنا تربص يجب بزوال الفراش فيقدر بثلاث حيض كالتربص في الطلاق وهذا أرجح لان العدة مما يحتاط في اثباتها فالقياس الموجب للاكثر واجب الاعتبار على ان التحقيق انه لا معارضة بينهما في ايجاب الزائد على الحيضة وذلك لان نفي وجوب الزائد على الحيضة ليس مقتضى قياس الاستبراء بل مقتضى القياس ليس الا تعديه حكم الاصل وهو وجوب التربص حيضة فقط وعدم وجوب الزائد بالعدم الاصلي لانه مقتضاه فان أثر العلة فيه وفي كل قياس انما هو في تعديه حكم الاصل لا في غيره بنفي ولا اثبات ثم لا يجب ذلك الغير لعدم الدليل المقتضي لوجوبه فاذا علمت هذا فايجاب الزائد على الحيضة يقتضيه القياس الذي عيناه ولا يقتضي نفيه ما عينوه فيسلم ايجابه عن المعارض وعلى هذا التحقيق فالمعارضة انما تثبت بين كل قياسين اذا لم يكن موجب أحدهما بعض موجب الآخر وحينئذ يثبت بطريق اللزوم لما قلنا من انه ليس من مقتضى العلة التعرض لغير حكم الاصل بنفي ولا اثبات فاذا كان في الفرع جامعان بلا مانع أحدهما يقتضي فيه حكما وجوديا والآخر غيره بالكلية فانه يلزم من اعتبار أحدهما ثبوت حكمه ويلزم من ذلك انتفاء حكم الآخر اللهم الا أن يقال بجواز القياس والتعليل لنفي حكم فان النفي حينئذ مقتضاه وفيه كلام في الاصول ومن اختاره شرط كون العلة أمرا عدميا والمحققون على نفيه لان العدم لا يؤثر شيأ وما وقع في الفقه مما ظاهره التعليل به كقول محمد في عدم الخمس في موضع لانه لم يوجف عليه المسلمون ونحوه فانما حقيقته بناء الحكم على العدم الاصلي بناء على انه لم يعلم من الشرع ما اعتبر منوطا به الخمس الا ذلك وهو منتف في تلك الصورة فينتفي الخمس أي يبقى على عدمه الاصلي لانه الحاق بجامع مؤثر بخلاف ما اذا كان موجب أحدهما بعض موجب الآخر كما نحن فيه فان الجامعين متظافران على اثبات ذلك البعض وينفرد أحدهما باثبات أمر آخر ليس نفيه مقتضى الآخر (قوله واما منافيه عمر رضي الله عنه) روى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا عيسى ابن يونس عن الاوزاعي عن يحيى بن أبي كثير ان عمرو بن العاص أمر أم الولد اذا اعتقت ان تعتد ثلاث حيض وكتب الى عمر فكتب بحسن رأيه فأما انه قال في الوفاة كذلك فالله أعلم وليس يلزم من القول بثلاث حيض في العتق من شخص قوله به في الوفاة ألا يرى الى ما ذكرناه عن عمرو بن العاص انه قال بها في العتق وروى ابن حبان في صحيحه والحاكم وصححه عن قبيصة عن عمرو بن العاص قال لا تلبسوا علينا سنة نبينا عدة أم الولد المتوفى عنها أربعة أشهر وعشر لكن قال الدارقطني وقبيصة لم يسمع من عمرو فهو منقطع وهو عندنا غير ضائر اذا كان قبيصة ثقة وقد أخرج ابن أبي شيبة عن الحرث عن علي وعبد الله قالا ثلاث حيض اذا مات عنها يعني أم الولد وأخرجه عن ابراهيم النخعي وابن سيرين والحسن البصري وعطاء فعلى هذا تعارض النقل عن ابن سيرين والحرث ضعيف الا أن غالب نقل المذاهب قلما يخلو عن مثله والمتحقق انها مختلفة بين السلف وهو راجع الى اختلاف الرأي وقد دبينا ترجيح ما وافق رأينا (قوله واذا مات الصبي عن امرأته وبها حبل) احترازعما اذا مات وظهر بها حبل بعد موته فانها تعتد بالشهور اتفاقا ثم معرف ذلك ان تضع لاقل من ستة أشهر من موته في الاصح فاذا وضعته كذلك انقضت عدتها عند أبي حنيفة ومحمد وان وضعته لستة أشهر من موته فأكثر لم يكن محكوما بقيامه عند موته بل بحدوثه بعده فلا يكون تقدر العدة بالوضع عندهما بل بأربعة أشهر وعشر اتفاقا وقيل المحكوم بحدوثه ان تلده لاكثر من سنتين من موته وفيما دون

(ولنا انها أثر زوال الفراش) لانها تجب به فكانت كعدة النكاح وفيه الا يكتفى بحيضة واحدة والقياس على الاستبراء ضعيف لان سببه استحداث الملك وسببها زوال الفراش ولا مناسبة بينهما واما منافيه عمر رضي الله عنه فانه قال عدة أم الولد ثلاث حيض وهو المروي عن علي وابن مسعود (وان كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلاثة أشهر كما في النكاح) وقوله (واذا مات الصغير عن امرأته) ظاهر

وقوله (كالحادث بعد الموت) يعنى بأن تضع بعد الموت لستة أشهر فصاعدا من يوم الموت عند عامة المشايخ وقال بعضهم بأن يأتى لا كثر من سنتين قال فى النهاية والاول أصح وتفسير قيام الحبل عند الموت أن تلد لاقل من ستة أشهر من وقت الموت كذا فى الفوائد الظهيرية (ولهما قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن) من غير فصل بين ان يكون الحمل من الزوج أو من غيره فى عدة الطلاق أو الوفاة وقوله (ولانها مقدرة) دليل معقول لهما وتقريره عدة الوفاة مقدرة بمدة وضع الحمل فى أولات الاحمال قصرت المدة أوطالت لقضاء حق النكاح لا للتعرف عن فراغ الرحم وهذه مقدمة وهذا المعنى يعنى قضاء حق النكاح يتحقق فى الصبى وان لم يكن الحمل منه وهذه أخرى وهى واضحة وبين الاولى بقوله (لشرعها) أى لشرع عدة الوفاة بالاشهر مع وجود الاقراء يعنى لو كانت للتعرف عن فراغ الرحم لم تشرع بالاشهر لان الحيض هو المعرف على مامر وفيه بحث لان الضمير فى قوله لشرعها اما ان يعود الى عدة الوفاة فى أولات الاحمال أو اليها مطلقا ولا سبيل الى الاول لان الحامل لا تحيض عندنا ولا الى الثانى لان المدعى عدة الوفاة فى الحامل ولا يلزم من ان لا يكون للتعرف عن فراغ الرحم فى غير الحامل أن لا يكون له فيها لان نفس وضع الحمل يدل على فراغ الرحم والجواب ان الضمير يعود الى عدة الوفاة مطلقا يعنى ان عدة الوفاة شرعت لقضاء حق النكاح لا للتعرف لا فى أولات الاحمال ولا فى غيرها لانها شرعت بالاشهر مع وجود الاقراء المعرفة والدليل اذا كان أعم من المدلول كان أتم

وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف عدتها أربعة أشهر وعشر وهو قول الشافعى لان الحمل ليس بثابت النسب منه فصار كالحادث بعد الموت ولهما اطلاق قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن ولانها مقدرة بمدة وضع الحمل فى أولات الاحمال قصرت المدة أوطالت لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالاشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى يتحقق فى الصبى وان لم يكن الحمل منه

ذلك يكون الانقضاء بالوضع وليس بشئ لان التقدير للحدوث بأكثر من سنتين أو بسنتين كوامل ليس الا للاحتياط فى ثبوت النسب ولا يمكن ثبوته فى الصبى فلا حاجة إلى تأخير الحكم بالحدوث إلى السنتين (قوله وقال أبو يوسف عدتها أربعة أشهر وعشر) وهذه رواية عن أبى يوسف إذ لم يحك فى الظاهر خلاف ولم يذكر محمد ولا جامع كلامه الحاكم وقول فخر الاسلام وهذا يعنى الاعتداد بوضع الحمل استحسان من علمائنا دل عليه فانما هى رواية عنه وكذا قال شمس الائمة وعن أبى يوسف ان عدتها بالشهور وهو القياس وهو قول زفر انتهى واذا قال أبو يوسف فى المطلقة اذا جاءت بولد لا كثر من سنتين تعتد بوضعه مع انه منفى النسب ومحكوم بحدوثه فكيف يقول فى المحكوم بقيامه عند الفرقة لا تعتد بوضعه فانما هى رواية شاذة وهو قول مالك وأحمد وهى رواية عن أبى حنيفة ثم يجب كون ذلك الصغير غير مراهق أما المراهق فيجب ان يثبت النسب منه إلا إذا لم يمكن بأن جاءت به لاقل من ستة أشهر من العقد وعلى هذا الخلاف اذا طلق الكبير امرأته فأتت بولد غير سقط لاقل من ستة أشهر من وقت العقد بأن تزوجها حاملا من الزنا ولا يعلم الحال ثم وضعته كذلك بعد الطلاق تعتد بالوضع عندهما وعندهم لا اعتبار به وانما قلنا ولا يعلم لصحة كونه على هذا الخلاف لانه لو علم لم يصح العقد عند أبى يوسف لانه يمنع العقد على الحامل من الزنا بخلاف ما إذا لم يعلم فانه وان لم يصححه لكن يجب من الوطء فيه العدة لانه شبهة فيقع الخلاف فى انها بالوضع أو بالاشهر وحاصل متمسكهم القياس على الحادث بعد موت الصغير هكذا حمل منفى النسب فلا تعتد بوضعه كالحمل الحادث بعد موت الصغير (ولهما اطلاق قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن) من غير فصل بين كونه منه أو من غيره (ولانها) أى عدة الوفاة فى حق الحامل وقت الموت (مقدرة بوضع الحمل فى أولات الاحمال لا للتعرف فراغ الرحم لشرعها) أى لشرع عدة الوفاة (بالاشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى) وهو قضاء حق النكاح (يتحقق فى الصبى وان لم يكن الحمل منه) كما يتحقق فى الكبير والنسب منه وتلخيص هذا الوجه انه قياس زوجة الصغير الحامل وقت موته بغير ثابت النسب على زوجة الكبير الحامل وقت موته بثابت النسب فى حكم هو الاعتداد بوضع الحمل بجامع انه لقضاء حق النكاح اظهارا لخطره متعرضا فيه لالغاء الفارق وهو وصف ثبوت نسب الحمل وعدمه ودليل الالغاء شرع الاشهر مع تحقق الاقراء وبه يظهر فساد ماذكروه من صورة القياس فان حقيقته ليس الا نفى الحكم لنفى العلة

فائدة وكون نفس وضع الحمل يدل على فراغ الرحم غير معتبر وعدم الاعتبار ليس اعتبار العدم كما عرف المساوية

قال المصنف (لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالاشهر) أقول والظاهر انها لو كانت للتعريف يثبت المطلوب أيضا الا انه بنى الكلام على الواقع ان قيل المراد عن ماء المطلق قلنا لا ماء فيه هنا قال المصنف (لكن لقضاء حق النكاح) أقول يعنى المغلب ذلك (قوله لان الحامل لا تحيض عندنا) أقول ولان عدتها ليست بالاشهر (قوله ولا يلزم من أن لا يكون للتعرف عن فراغ الرحم فى غير الحامل الخ) أقول ولك أن تقول هذا منع لا يضر لثبوت المطلوب على ذلك التقدير أيضا

وقوله (بخلاف الحمل) جواب عن قوله فصار كالحادث بعد الموت يعني إنما كانت عدتها بالشهور لانا حكمنا بفراغ رحمها عند الموت والتزمنا العدة بالشهور رحقا للنكاح بآية التربص (فلا تتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت العدة وجبت مقدرة بمدة الحمل) لانها عدة أولات الاحمال بالنص (فافترقا) أى الحمل القائم عند الموت والحادث بعده فان قيل إذا مات الرجل ولم تكن المرأة حاملا فقد ألزمناها العدة بالشهور ثم إذا ظهر الحمل تكون عدتها بوضع الحمل فقد تغيرت العدة بحدوث الحمل أجاب بقوله (ولا يلزم امرأة الكبير اذا حدث بها الحبل بعد الموت لان النسب يثبت منه فكان) أى الحمل (كالقائم عند الموت حكما) تبعا لحكم شرعى آخر وهو ثبوت النسب لان النسب بلا حمل لا يثبت وحيث ثبت ههنا لابد له من حمل فجعلناه كالقائم حكما وفى امرأة الصغير لما لم يثبت النسب لم يحتج الى جعل الحمل قائما عند الموت فكان الحمل مضافا الى أقرب الاوقات وكان ابتداء عدتها بالاشهر لامحالة (ولا يثبت النسب فى الوجهين) يعنى فى وجهى مسئلة الصغير وهما وجه القائم عند الموت ووجه الحادث بعده (لان الصبى لا ماء له فلا يتصور منه العلوق) فان قيل النكاح موجود فيقام مقام الماء لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش أجاب بقوله (والنكاح يقام مقامه) أى مقام الماء (فى موضع التصور) وقوله (واذا طلق الرجل امرأته) ظاهر قال (واذا وطئت المعتدة بشبهة) اذا وجبت على المرأة عدتان فاما ان تكونا من رجلين أومن رجل واحد فان كان الثانى كما إذا طلقها ثلاثا فتزوجها فى العدة ووطئها أو وطئ المطلقة ثلاثا وقال ظننت انها تحل لى أو طلقها بألفاظ الكناية فوطئها فى العدة فلا شك ان العدتين يتداخلان وان كان الاول وكانا من جنسين كالمتوفى عنها زوجها اذا وطئت بشبهة كما سيجيء أومن جنس واحد كالمطلقة اذا تزوجت فى عدتها فوطئها الثانى وفرق بينهما تتداخلان عندنا

بخلاف الحمل الحادث لانه وجبت العدة بالشهور فلا تتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت وجبت مقدرة بمدة الحمل فافترقا ولا يلزم امرأة الكبير اذا حدث لها الحبل بعد الموت لان النسب يثبت منه فكان كالقائم عند الموت حكما (ولا يثبت نسب الولد فى الوجهين) لان الصبى لا ماء له فلا يتصور منه العلوق والنكاح يقوم مقامه فى موضع التصور (واذا طلق الرجل امرأته فى حالة الحيض لم تعتد بالحيضة التى وقع فيها الطلاق) لان العدة مقدرة بثلاث حيض كوامل فلا ينقص عنها (واذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة أخرى وتداخلت العدتان

المساوية وهى ثبوت نسب الحمل فانه المعتبر علة مساوية للاعتداد بالوضع وهو منتف فى الخلافية فينتفى الاعتداد بوضع الحمل كما انتفى فى الحامل بحادث بعد موت الصبى ونحن منعنا عليته فضلا عن مساواته لكن لايخفى ان كون الاعتداد بالوضع ليس الا لقضاء حق النكاح ممنوع بل لذلك وليثبت الفراغ ليتمكن من النكاح وقدمنا ان شرعيته لكل من الامرين فقد ينفرد أحدهما وقد يجتمعان فالاولى عدم التعرض للنفى ويكفى كون العدة مطلقا للقضاء فانه إذا ثبت أمر للاعم ثبت لكل خصوصياته فيثبت كونها بوضع الحمل للنفى أيضا واعلم ان قول أبى حنيفة ومحمد فى المسئلة التى استبعدناها قول أبى يوسف أعنى المطلقة إذا جاءت بولد لاكثر من سنتين ان عدتها تنقضى من ستة أشهر تلى الوضع فيرجع بنفقتها ان كانت تعجلتها اضافة للحادث وهو الحمل الحادث الى أقرب زمانه (قوله بخلاف الحمل الحادث) شرع يفرق بين ما قاسوا عليه فى الصورة وبين محل الخلاف والحاصل انه تعالى انما شرع العدة بوضع الحمل إذا كان الحمل ثابتا حال الموت وان كان لفظ الآية مطلقا يخص بالعقل للعلم بأن حال الموت حال زوال النكاح وعنده يتم السبب الموجب للعدة فلا بد من أن تثبت العدة إذ ذاك والفرض ان لا حمل حينئذ ليثبت بالوضع فكان اعتبار قيام الحمل عند الموت وعدمه للاعتداد بالوضع أو بالاشهر من ضروريات العقل بعد العلم بما ذكرناه فعند عدمه والفرض ان العدة تثبت لا يتوقف فانما تثبت بالاشهر وبهذا لزم ان مراد الآية بأولات الاحمال حالة الفرقة (قوله ولا يلزم امرأة الكبير إذا حدث بها حبل بعد موته) بأن جاءت بولد لاقل من سنتين مع حدوثه فى نفس الامر حيث تعتد بالوضع لا بالاشهر مع فرض حدوثه فى نفس الامر وأجاب بمنع الحكم بحدوثه فانه محكوم بثبوت نسبه شرعا وذلك يستلزم الحكم بقيامه عند الموت والاصل التوافق بين الحكمى والواقع الا أن يتحقق خلافه فوجب كونه قائما عند الموت حقيقة وحكما حتى لو ولدته بعد الحولين حتى يتيقن بحدوثه كان الحكم ان تعتد بالاشهر وعند التأمل لا معنى للايراد المجاب عنه بما ذكر أصلا (قوله ولا يثبت نسب الولد فى الوجهين) أى فى الحادث بعد الموت وغيره لان الصبى لا ماء له فلا يتصور منه العلوق وقوله والنكاح يقوم مقامه أى مقام العلوق فى موضع التصور لان الشىء إنما يقدر تقديرا اذا أمكن تصوره تحقيقا (قوله واذا طلق الرجل امرأته فى حالة الحيض لم يحتسب بالحيضة التى وقع فيها الطلاق لان العدة ثلاث حيض كوامل) لانه مسمى الاسم فى ثلاثة قروء وقوله عليه السلام وعدتها حيضتان (قوله واذا وطئت المعتدة بشبهة) من أجنبى أومن الزوج ووافق الشافعى فى أحد

(قوله وان كان الاول وكانا من جنسين كالمتوفى زوجها) أقول يعنى كالمتوفى عنها زوجها

و يكون ما تراه المرأة من الحيض محتسبا منهما جميعا واذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها اتمام العدة الثانية وصورة ذلك ان الوطء الثانى إذا كان بعد ما رأت المرأة حيضة تجب عليها بعد الوطء الثانى ثلاث حيض أيضا والحيضتان تنوبان عن أربع حيض حيضتان للاولى وحيضتان للثانية والثالثة عن الوطء الثانى خاصة وان لم تكن رأت شيأ فليس عليها الا ثلاث حيض وهى تنوب عن ست حيض (وقال الشافعى لا تتداخلان لان المقصود من العدة العبادة أى عبادة الكف عن التزوج والخروج ولا تداخل فى العبادات كالصومين فى يوم واحد) فان العدة كف عن التزوج والخروج كما ان الصوم كف عن اقتضاء الشهوتين فكما لا تداخل فى الصوم فكذا فى العدة (ولنا ان المقصود من العدة التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل التعرف بالعدة الواحدة فيتداخلان) وقوله (ومعنى العبادة تابع) جواب عن قوله لان المقصود هو العبادة والدليل على ان معنى العبادة فى العدة تابع ان ركنها حرمة الازدواج والخروج قال الله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح الآية وقال ولا يخرجن الآية وموجب النهى التحريم واذا كان ركنها الحرمة فالحرمات تجتمع كصيد الحرم للمحرم حرام للاحرام والحرم وكالخمر فيمن حلف لا يشربها وهو صائم فانها حرام له لصومه ولكونه خمرا وليمينه بخلاف الصوم فان ركنه الكف لقوله تعالى ثم أتموا الصيام الى الليل ولن يجتمع الامساكان فى يوم واحد واستوضح المصنف تبعية العبادة بقوله (ألا ترى انها تنقضى بدون علمها ومع تركها الكف) يعنى عن الخروج والعبادة لا يتحقق أداؤها بدون ركنها واعترض بأنها لو كانت للتعرف عن فراغ الرحم لم يجب على الصبية والآيسة لعدم الشغل بهما ولا على المتوفى عنها زوجها الا ان زوجها لا يحتاج الى ذلك واللوازم باطلة فكذلك الملزومات سلمنا ان المقصود

(٢٨٤)

ذلك لكن لا نسلم جواز التداخل والا لجاز التداخل فى اقراء عدة واحدة لحصول المقصود ونفى ضرر تطويل العدة عنها وأجيب عن الاول بأن الصبية التى تحتمل الوطء والآيسة تحتملان العلوق فدار الحكم على دليل الشغل وهو الوطء لان العدة يكتفى فى ايجابها بتوهم الشغل وان كان على خلاف العادة والمتوفى عنها زوجها الحاجة فيها الى التعرف قائمة صيانة لماءى الزوجين عن الاختلاط لان ماء الاول محترم فى نفسه كماء الثانى وعن الثانى بأنا لا نسلم الملازمة لان التعرف بحيضة واحدة ليس كالتعرف بثلاث حيض فى حصول المقصود لان المقصود من الاولى تعرف الفراغ ومن الثانية اظهار خطر النكاح فرقا بينه و بين الاستبراء ومن الثالثة اظهار شرف الحرية وهذا المقصود لا يحصل بالحيضة الواحدة وفيه نظر لان المصنف لم يعلل الا بالتعرف عن فراغ الرحم وكان السؤال واردا عليه

و يكون ما تراه المرأة من الحيض محتسبا منهما جميعا واذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها تمام العدة الثانية) وهذا عندنا وقال الشافعى لا تتداخلان لان المقصود هو العبادة فانها عبادة كف عن التزوج والخروج فلا تتداخلان كالصومين فى يوم واحد ولنا ان المقصود التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة فتتداخلان ومعنى العبادة تابع ألا ترى انها تنقضى بدون علمها ومع تركها الكف

قوله فيما إذا كان الواطئ المطلق والوطء بشبهة يتحقق بصور منها التى زفت إلى غير زوجها والموطوءة للزوج بعد الثلاث فى العدة بنكاح قبل نكاح زوج آخر أوفى العدة إذا قال ظننت انها تحل لى والتى طلقها بالكناية ثم وطئها فى العدة أو كانت فى عدة فوطئها آخر بشبهة أوفى عصمة فوطئها آخر بشبهة ثم طلقها الزوج ففى هذه تجب عدتان و يتداخلان وهو قول مالك وعدمه قول الشافعى وأحمد رحمهم الله وما فى الغاية من ان الشبهة فى المطلقة الطلاق الثلاث فى الفعل والشبهة فى الفعل لا يثبت النسب بالوطء وان قال ظننت انها تحل لى واذا لم يثبت النسب لا تجب به العدة سيأتى دفعه فى كتاب الحدود ان شاء الله تعالى ثم معنى التداخل جعل المرئى عنهما حتى لو كانت وطئت بعد حيضة من العدة

(قوله والدليل على ان معنى العبادة الى قوله وموجب النهى التحريم) أقول مأخوذ من شرح تاج الشريعة لكنه مؤاخذ ثم أقول بل موجبه كف النفس عن المنهى عنه على ما حقق فى الاصول الا أن يكون مراده موجبه فى تينك الآيتين لدليل يدل عليه وهو ما ذكره المصنف فليتأمل (قوله فان ركنه الكف لقوله تعالى الخ) أقول يعنى انه مأمور به وكل ما هو كذلك فهو عبادة فيكون كفا (قوله لكن لا نسلم جواز التداخل الخ) أقول لا وجه لهذا المنع بعد ما بين المقدمة الممنوعة بالدليل ولك أن تقول فى العبادة والمراد هو النقض الاجمالى (قوله وأجيب عن الاول بان الصبية التى تحتمل الوطء الخ) أقول ما تقول فى الصغيرة التى لا تحتمله فانه تجب العدة اذا خلا بها زوجها عند أكثر المشايخ (قوله وعن الثانى بانا لا نسلم الملازمة الخ) أقول مقابلة المنع بالمنع اذا حمل على ظاهره (قوله وفيه نظر لان المصنف الخ) أقول والصحيح فى الجواب أن يقال المقصود من العدة هو التعرف على وجه الاحتياط وحيض الحامل مما يجوز لانه مجتهد فيه فلا يقوى ظن الفراغ بمرة لجواز كونه حيضا مع الحمل عند من يقول به واستحاضة معه عندنا بخلاف ما اذا تكرر فانه حينئذ يقوى بخلاف الاستبراء فان التعرف مقصود فيه لا على هذا الوجه فانه لم يتمحض له ألا يرى أنه يجب باستحداث الملك من المرأة فعرفنا بذلك ان فيه شائبة التعبد فليتأمل

الاولى فعليها حيضتان تمامها وتحتسب بهما من عدة الثانى وللآخر أن يخطبها إذا انقضت عدتها من الاول لانها فى عدته ولا يخطبها غيره فان كان الاول طلقها رجعيا فله ان يراجعها إذا شاء ثم لا يقربها حتى تنقضى عدتها من الآخر وان طلقها بائنا فليس له أن يخطبها بعد وجوب العدة عليها من الثانى حتى تنقضى عدتها منه وكذا ان كانت العدتان بالشهور قالوا والخلاف مبنى على ان ركن العدة ماذا فعند الشافعى كف النفس عن الحرمات فى مدة معينة فاذا وجب كف عنها فى مدة بسبب وكف عنها كذلك بسبب آخر لا يتداخلان لان هذا الكف عبادة والعبادات لا تتداخل انما التداخل لائق بالعقوبات ألا ترى ان من وجب عليه الكف عن الشهوتين فى يوم بسبب ثم وجب مثله بسبب آخر لا يخرج عن عهدة ذلك بصوم يوم واحد وعندنا ان الركن نفس تلك الحرمات الكائنة فى تلك المدة ويمكن اجتماع حرمات فى الشئ الواحد كالخروج والتزوج فيما نحن فيه فى زمان واحد بأسباب مختلفة كحرمة الخمر المحلوف على عدم شربها نهار الصائم ونحو ذلك ومعنى العبادة تابع بدليل انها تنقضى بدون علمها ومع تركها الكف ونحن نستأنف الكلام ونقول لا شك انه يثبت عند تمام سبب العدة أمور هى حرمة الخروج وحرمة الزينة وحرمة التزوج فى مدة معينة تنتهى هذه الحرمات بانتهائها ووجوب التربص فى تلك المدة أيضا الثابت بقوله تعالى والمطلقات يتربصن مع أن هذا الوجوب لابد أن يثبت لازما للحرمة بأدنى تأمل ومتعلق الوجوب ليس الا فعل المكلف والتربص وان كان الانتظار فهو من أفعال النفس فان أردنا تعيينه لم نر أنسب به من كونه ترك تلك الحرمات الى انقضاء المدة وترك الشئ لا يخرج عن كونه كف النفس عنه أوحبسها فمن ظن المقابلة بين الكف والترك بعد عن التحقيق وحينئذ يكون حاصل يتربصن نهيا عن تلك الامور لانه طلب الكف عنها كما جعلوا قوله تعالى وذروا البيع نهيا عنه فالثابت تحريم هذه الامور ومن المعلوم أن لزوم الكف لا يتعلق بالمرأة الا عند علمها بالسبب اذ التكليف بالمقدور ولا قدرة بدون العلم فيحكم بهذه المقدمة وهى أن الحكم انما يثبت فى حق المكلف باعتبار علمه بالسبب والمقدمة القائلة ان الحكم المقيد بمدة ينتهى بانتهائها يلزم أنها اذا لم تعلم بالطلاق حتى تمت العدة خرجت عن العدة غير آثمة لان الثابت فى حقها لم يكن حكم الخطاب بل غايته أصل الوجوب الثابت بالسبب ولا طلب فى أصل الوجوب على ما عرف أو علمت ثم لم تكف أى لم تتربص عن الخروج والنكاح حتى انتهت الى حد الزنا الى أن تمت المدة خرجت عن العدة آثمة فلا يكون انقضاؤها بلا علمها ومع تركها الكف دليلا على أن معنى العبادة تابع كما قال المصنف بل الدليل على ذلك تحققها فى حق من لا تصح العبادة منه ولا تجب عليه كالمجنونة والصغيرة فعلم ان تحقق العدة فى الشرع بالاصالة انما هو لتعرف فراغ الرحم ولاظهار خطر النكاح والبضع فقد يجتمعان كما فى ذات الاقراء وقد لا كما فى الآيسة والصغيرة ومعنى العبادة تابع وهو كف القادرة المختارة نفسها عن متعلقات تلك الحرمات ولا شك أن العدة تطلق على كل من تلك الامور أما على التربص ففى قولنا وجبت العدة ونحوه وأما على نفس المدة ففى نحو قولنا انقضت العدة وما سنذكر أيضا وأما على نفس الحرمات فبفرض دعوانا انها الركن لكن الشأن فى بيان أن مسمى لفظ العدة فى الشرع ماذا فالذى يفيده حقيقة نظم كتاب الله تعالى وهو قوله عز وجل فعدتهن ثلاثة أشهر انه نفس المدة الخاصة التى تعلقت الحرمات فيها وتقيدت بها لا الحرمات الثابتة فيها ولا وجوب الكف ولا التربص وقوله تعالى يتربصن انما يفيد لزوم التربص لا أنه مسمى لفظ العدة وقد قلنا ان كلا من الامور ثابت عند تمام السبب والكلام الآن ليس فيه وأما قوله تعالى أجلهن أن يضعن حملهن حتى يبلغ الكتاب أجله فاذا بلغن أجلهن فالاجل هو ما كان من المدة لتأخير ما ثبت عند مضيه كالمطالبة فى الدين ثم الثابت بمضى هذا الاجل حل النكاح والخروج فيكون الثابت قبله حرمتهما ولا دليل فيه

(والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها) تحقيقا للتداخل بقدر الامكان (وابتداء العدة فى الطلاق عقيب الطلاق وفى الوفاة عقيب الوفاة فان لم تعلم بالطلاق أو الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها) لان سبب وجوب العدة الطلاق أو الوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب ومشايخنا يفتون فى الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة (والعدة فى النكاح الفاسد عقيب التفريق

أيضا الا على مجرد الثبوت وهو لا يستلزم كونه الركن كما قلنا فى التربص وأما وصف العدة بالوجوب فى قولنا العدة واجبة ووجبت فانما يقتضى أن المراد به افعل كالتربص والكف وهو لا يستلزم كونه المفهوم الحقيقى الا ظاهرا وذلك لو لم يعارضه النظم القرآنى فتلخص انه يجب كون مسمى العدة المدة الخاصة التى تعلقت فيها الحرمات عند الكل وحينئذ نقول لا يلزم بناء الخلاف فى تداخل العدتين على كون ركن العدة الكف أو الحرمات بل يصح ثبوته مع الاتفاق على أنها المدة حقيقة وذلك لان العدة حينئذ تعلقت فيها حرمات يجب لها كف النفس عن متعلقاتها فتداخل العدتين يستلزم تداخل تلك العبادات الواجبة فيها لا أن تداخلها تداخلها واللازم متحد حينئذ وهو امتناع تداخل العبادات سواء جاء لازمة لتداخل العدة أو كان عين تداخلها فلذا والله أعلم اقتصر المصنف عن كون المبنى ماهو والدفع على هذا التقدير أن الكف الواجب لم يجب تحققه على وجه العبادة بل مطلقا اذ لا دليل يوجب كونه وجب ايجاده على ذلك الوجه بل الدليل قام على عدمه للاتفاق على أن البالغة العاقلة لو وقع الكف منها بغير نية بل اتفاقا أو لغرض مباح حتى انقضت المدة لم يحكم بكونها آثمة مع أنه لم تحقق العبادة لعدم نية الاحتساب لله تعالى فعلم أنه لم يجب على انه عبادة ثم هو له عرضية أن يصير عبادة فان البالغة العاقلة اذا كفت نفسها عن الخروج وغيره مع فروغ النفس لذلك احتسابا لله وقصدا لطاعته وقع ذلك عبادة لله تعالى لانه يجب ابقاعه كذلك لما ذكرنا (قوله والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها) فلو لم ترفيها دما يجب أن تعتد بعد الاشهر بثلاث حيض (قوله وابتداء العدة فى الطلاق عقيب الطلاق) لان سبب وجوب العدة الطلاق تساهل فقد قدموا ان سببها النكاح والطلاق شرط وان الاضافة فى قولنا عدة الطلاق الى الشرط فالاولى أن يقال لان عند الطلاق والموت يتم السبب فيستعقبها من غير فصل فيكون مبدأ العدة من غير فصل بالضرورة (قوله ومشايخنا يفتون فى الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة بأن يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح اقرار المريض لها بالدين أو يتواضعا عليه ليتزوج أختها أو أربعا سواها واذا كان مخالفة هذا الحكم وهو مذهب الائمة الاربعة وجمهور الصحابة والتابعين لهذه التهمة فينبغى أن يتحرى به محل التهمة والناس الذين هم مظانها ولذا فصل السغدى حيث قال ماذكر محمد يعنى من أن ابتداء العدة من وقت الطلاق محمول على ما اذا كانا متفرقين من الوقت الذى أسند الطلاق اليه أما اذا كانا مجتمعين فالكذب فى كلامهما ظاهر فلا يصدقان فى الاسناد قال محمد وعلى هذا اذا فارقها زمانا ثم قال لها كنت طلقتك منذ كذا وهى لا تعلم بذلك يصدق وتعتبر عدتها من ذلك الوقت ثم لا يجب عليه نفقة ولا سكنى لاعترافها بالسقوط وعلى قول هؤلاء ينبغى أن لا يحل له التزوج باختها وأربع سواها وعرف أن تقييده بالاقرار يفيد أن الطلاق المتقدم اذا ثبت بالبينة ينبغى أن تعتبر العدة من وقت قامت لعدم التهمة لان ثبوتها بالبينة لا بالاقرار وأن سقوط النفقة والسكنى على قول هؤلاء انما هو اذا صدقته أما اذا كذبته فى الاسناد فلا وكذا اذا قالت لا أدرى والحكم فى الفصول الثلاثة على قول المشايخ ان العدة من وقت الاقرار ولا يصدق فى الاسناد ثم المراد من قوله

ففرق بينهما فعليها بقية عدتها من الاول تمام أربعة أشهر وعشر وعليها ثلاث حيض للآخر ويحتسب بما حاضت بعد التفريق من عدة الوفاة أيضا قال (وابتداء العدة فى الطلاق عقيب الطلاق) ابتداء العدة فى الطلاق عقيب الطلاق (وفى الوفاة عقيب الوفاة) لان سبب وجوب العدة الطلاق أو الوفاة (فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب) فان لم تعلم بالطلاق أو الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها قال محمد اذا فارق الرجل امرأته زمانا ثم قال لها كنت طلقتك منذ كذا والمرأة لا تعلم بذلك لها ان تصدقه وتعتبر عدتها من ذلك الوقت (ومشايخنا) يريد علماء بخارا وسمرقند (يفتون فى الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة) لجواز ان يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح اقرار المريض لها بالدين ووصيته لها بشئ أو يتواضعا على انقضاء العدة لان يتزوج أختها أو أربعا سواها وقال فى الذخيرة اختيار مشايخ بلخ أنه تجب العدة من وقت الاقرار عقوبة عليه جزاء على كتمان الطلاق يعنى حتى

لا يتزوج باختها وباربع سواها زجرا له على الكتمان لكن لا تجب لها نفقة العدة والسكنى لان ذلك حقها وقد أقرت بسقوطه (والعدة فى النكاح الفاسد عقيب التفريق) بان يحكم الحاكم بالتفريق بينهما ومشايخنا

أوعزم الواطئ على ترك وطئها) والعزم أمر باطن لا يطلع عليه وله دليل ظاهر وهو الاخبار بذلك بان يقول تركت وطأها أو ما يفيد معناه فيقام مقامه ويدار الحكم عليه (وقال زفر من آخر الوطآت لان الوطء هو السبب الموجب) للعدة اذ لو لم يطأ لم تجب عليها العدة (ولنا ان كل وطء وجد في العقد) وتقريره القول بالموجب وهو أن يقال سلمنا ان الوطء هو السبب الموجب لكن جميع الوطآت التي توجد بالعقد الفاسد (بمنزلة وطأة واحدة لاستناد الكل الى عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد) واذا كان كذلك لم يثبت آخر وطأة تترتب عليها العدة الا بالتفريق أو العزم لانه قبل ذلك جاز أن يوجد غيره فلا يكون ما فرضناه آخر الوطآت آخرها وتجريد هذه النكتة العدة لا تثبت الا بآخر وطأة وآخر وطأة لا توجد الا بالتفريق أو العزم فالعدة لا تثبت الا بالتفريق أو العزم أما أنها لا تثبت الا بآخر وطأة فبالاتفاق بيننا وبين الخصم وأما ان آخر وطأة لا توجد الا بالتفريق أو العزم فلما قال مع جواز وجود غيره وقوله (ولان التمكن على وجه الشبهة) دليل آخر وتقريره أن حقيقة الوطء أمر خفي له سبب ظاهر وهو التمكن من الوطء على وجه الشبهة وكل أمر خفي له سبب ظاهر يقام السبب مقامه ويدار عليه الحكم فالتمكن من الوطء على وجه الشبهة يقوم مقام حقيقة الوطء واذا قام مقامها فهما كان التمكن باقيا كان الوطء باقيا فلا يتعين آخر الوطآت اذ التمكن باق بعد كل وطأة فرضت فلا بد من المتاركة أو العزم ليرتفع التمكن فيتعين آخر الوطآت فان قلت لا نسلم ان حقيقة الوطء أمر خفي لان الحاجة الى معرفة العدة انما هي للزوجين وحقيقة الوطء ليست بخفية بالنسبة اليهما قلت قد أشار الى الجواب بقوله (ومساس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره) أي غير الواطئ وهو الذي يريد أن يتزوجها وقيل وكذا أخت الموطوءة وأربع سواها ولا خفاء في مفهوم كلام المصنف في النكتتين ولم أجد في الشروح ما يطابق مقصوده فذكرت ما خاطري أبو عذره وجهد المقل دموعه وقوله (واذا قالت المعتدة انقضت عدتي) ظاهر

أوعزم الواطئ على ترك وطئها) وقال زفر من آخر الوطآت لان الوطء هو السبب الموجب ولنا ان كل وطء وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطأة الواحدة لاستناد الكل الى حكم عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد فقبل المتاركة أو العزم لا تثبت العدة مع جواز وجود غيره ولان التمكن على وجه الشبهة أقيم مقام حقيقة الوطء لخفائه ومساس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره (واذا قالت المعتدة انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين) لانها أمينة في ذلك وقد اتهمت بالكذب

ومشايخنا مشايخ بخارا وسمرقند واقتصار النهاية والدراية على قوله من مشايخ بلخ غير جيد ثم فيه ترك لشرح الكتاب فان كان غائبا فأتاها موته أو طلاقه لمدة تنقضي بها العدة فلا عدة واذا شكت في العدة اعتدت من الوقت الذي تستيقن فيه بموته ولو جعل أمر امرأته بيدها ان ضربها فطلقت نفسها فأنكر الزوج الضرب فأقامت البينة عليه وقضى القاضي بالفرقة فالعدة من وقت القضاء أو من وقت الضرب ينبغي أن تكون من وقت الضرب ولو طلقها وأنكر فأقيمت البينة فقضي بالطلاق فالعدة من وقت الطلاق لا القضاء (قوله أوعزم الواطئ) بأن أخبرها انه ترك الوطء فان الاخبار أمر ظاهر فيدار الحكم عليه أما آخر الوطآت لا يعلم لاحتمال وجود آخر بعده وفي الخلاصة والنصاب المتاركة في النكاح الفاسد بعد الدخول لا تكون الا بالقول كقوله تركتك وما يقوم مقامه كتركتها وخليت سبيلها أما عدم المجيء فلا اذ الغيبة لا تكون متاركة لانه لو عاد يعود ولو أنكر نكاحها لا يكون متاركة (قوله ولنا ان كل وطء وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطأة الواحدة) لاستناد الكل أي كل الوطآت (الى حكم عقد واحد) وهو شبهة النكاح الصحيح ولهذا أي لاعتبار الكل واحدا يكتفى بمهر واحد فلو لم يعتبر ذلك تعددت المهور بتعدد الوطء لما عرف فقبل المتاركة أو العزم لا تثبت كل الوطآت لجواز غيره فلا تثبت العدة لكن حقيقة كلام زفر انها اذا حاضت بعد الوطء أي وطء كان قبل التفريق ثلاث حيض انقضت عدتها وحلت للازواج فاذا تزوجت ظهر ان ذلك كان آخر الوطآت وان كان وطئها بعد ذلك عاد هذا التقدير فنقول ان تركها حتى حاضت ثلاثا الخ ولو حاضت حيضة بعد وطئه ثم قال عزمت على تركها احتسب بتلك الحيضة عنده من العدة فتتزوج بعد حيضتين أخريين وعندنا لا تحتسب بها (ولان التمكن) من الوطء (على وجه الشبهة) بسبب ذلك العقد (أقيم مقام حقيقة الوطء لخفاء الوطء ومسيس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره) أي في غير الواطئ وهو حلها للازواج والخفي لا يعرف الحكم واذا أقيم مقام حقيقة الوطء لا تثبت العدة ما دام التمكن على وجه الشبهة قائما ولا ينقطع التمكن كذلك الا بالتفريق أو المتاركة صريحا فلا تثبت العدة الا عندهما واختار أبو القاسم الصفار قول زفر ومقتضى ما قدمناه في باب المهر من قول طائفة من المشايخ وهو الوجه انها لو تزوجت عالمة بأنها حاضت ثلاث حيض بعد وطئه كان صحيحا فيما بينها وبين الله تعالى اذ اشتراط كونها بعد الترك في القضاء (قوله فالقول قولها مع اليمين) لا بد أن يكون محل هذا ما اذا كذبها مع كون المدة

(قوله أما انها لا تثبت الا بآخر وطأة الى قوله فلما قال مع جواز وجود غيره) أقول فيه بحث قال المصنف (مع جواز وجود غيره) أقول بالنسبة الى الموطوءة فانها لا تعلم الآخر حتى تتربص هكذا قيل وفيه بحث اذ مر آنفا ان معنى العبادة تابع في العدة فاذا حاضت ثلاث حيض بعد الوطء ينبغي أن يجوز تزوجها بزوج آخر لتعين آخر الوطء فتأمل

وقوله (فيحلف كالمودع) يعني اذا قال هلكت الوديعة أو قال رددتها وأنكر المودع ذلك فان القول قوله مع يمينه لانه أمين وما على الامين الا اليمين قال واذا (طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا) قال في النهاية هذه من المسائل المعروفة التي ذكرها في التتمة والذخيرة وغيرهما وهي كلها مبنية على أصل واحد وهو أن الدخول في النكاح الاول هل يكون دخولا في النكاح الثاني أولا فعند محمد لا يكون وعندهما يكون وصورة المسئلة المذكورة في الكتاب ظاهرة ووجه قول محمد ان هذا طلاق قبل المسيس والخلوة الصحيحة وكل طلاق يكون كذلك لا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة فان قيل فعلام يجب عليها اكمال العدة الاولى أجاب بقوله وا كمال العدة الاولى انما وجب بالطلاق الاول الا أنه لم يظهر حالة التزوج الثاني لعدم اختلاط المياه فاذا طلقها ثانيا بلا دخول صار النكاح الثاني كالمعدوم فيجب عليها اكمال العدة الاولى (كما لو اشترى أم ولده) أي منكوحته التي ولدت منه (ثم أعتقها) فانه يجب عليها ثلاث حيض حيضتان من النكاح تجتنب فيهما ما تجتنب من الخروج والتزين وحيضة من العتق لا تجتنب فيها الا انه لما اشتراها فسد النكاح ووجبت العدة ألا ترى انه لا يجوز أن يتزوجها وانما لم يظهر حكم العدة في حقه لمانع وهو ملك اليمين فاذا زال المانع ظهر حكم العدة في حقه أيضا فوجبت حقا للفساد وهما يعتبران من الاعتاق أيضا ويلزمها الاحداد وأما الثالثة فانها تجب من العتق خاصة فلا يلزمها الاحداد (ولهما انها مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الاولى وبقي أثره) أي والحال انه بقي أثره أي أثر الوطء الاول (وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي مقبوضة) بالدخول في النكاح الاول ناب ذلك القبض) الذي كان بالدخول (مناب القبض) أي الدخول (المستحق في هذا النكاح) فاذا طلقها صار كانه طلقها بعد الدخول في النكاح الثاني فيجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة فان قيل لو كان الطلاق بعد النكاح الثاني كالطلاق بعد الدخول لكان صريحه معقبا للرجعة كالطلاق الصريح بعد الدخول وليس كذلك فان الطلاق بائن أجيب بانه ليس بطلاق بعد الدخول وانما هو كالطلاق بعد الدخول والمشابه للشئ لا يلزم أن يساويه من جميع الوجوه ألا ترى ان الخلوة كالدخول في حق تكميل المهر ووجوب كمال العدة لا فيما سواهما حتى لو طلقها بعد الخلوة كان الواقع بائنا وشبهه بالغاصب يشتري المغصوب وهو واضح وقوله (فوضح بهذا انه طلاق بعد الدخول) تشبيه لا تحقيق بدليل قوله قبله ناب ذلك القبض عن القبض المستحق وقول زفر على ما ذكره واضح وقوله (وجوابه ما قلنا) اشارة الى قوله وا كمال العدة الاولى والى قوله ولهما انها مقبوضة في يده الخ

فيحلف كالمودع (واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد عليه نصف المهر وعليها اتمام العدة الاولى) لان هذا طلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة وا كمال العدة الاولى انما يجب بالطلاق الاول الا انه لم يظهر حال التزوج الثاني فاذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه كما لو اشترى أم ولده ثم أعتقها ولهما أنها مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الاولى وبقي أثره وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي مقبوضة ناب ذلك القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضا بمجرد العقد فوضح بهذا انه طلاق بعد الدخول وقال زفر لا عدة عليها أصلا لان الاولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود والثانية لم تجب وجوابه ما قلنا

تحتمل انقضاءها على الخلاف الذي قدمناه وهو شهران عنده وتسعة وثلاثون يوما عندهما لانه اذا لم تحتمله المدة لا يقبل قولها أصلا (قوله كالمودع) اذا ادعى رد الوديعة أو الهلاك وأنكر المودع فالقول قول مدعي الرد مع ان عليه اليمين اذا كذبه وعكس هذه المسئلة اذا قال الزوج أخبرتني بان عدتها قد انقضت فان كان في مدة لا تنقضي في مثلها لا يقبل قوله ولا قولها الا أن يبين ما هو محتمل من اسقاط سقط مستبين الخلق فحينئذ يقبل قولها ولو كان في مدة تحتمله فكذبته لم تسقط نفقتها وله أن يتزوج باختها لانه أمر ديني يقبل قوله فيه (قوله واذا طلق الرجل امرأته) المدخول بها (طلاقا بائنا دون الثلاث ثم تزوجها في العدة وطلقها قبل الدخول فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة عند أبي حنيفة وأبي يوسف) وقال زفر نصف المهر أو المتعة ان لم يكن سمى فيه شيء وليس عليها عدة مستقبلة ولا تكمل العدة الاولى وقال محمد لها نصفه أو المتعة وعليها اتمام العدة الاولى لزفر ان العدة الاولى بطلت بالتزوج ولا تجب عدة بالطلاق الثاني ولا كمال المهر لانه قبل الدخول ومحمد يقول كذلك غير ان اكمال العدة الاولى وجب بالطلاق الاول لكنه لم يظهر حكمه حال التزوج الثاني فاذا ارتفع بالطلاق ظهر حكمه (قوله كما لو اشترى أم ولده) أي زوجته التي هي أم ولده اذا كانت أمة فانه ينفسخ النكاح بالشراء

قال المصنف (كما لو اشترى أم ولده) أقول أي زوجته التي هي أم ولده اذا كانت أمة فانه ينفسخ النكاح بالشراء ولم يظهر العدة حتى حل وطؤها بملك اليمين ثم بالعتق يظهر غير أن هنا يجب عليها عدة أخرى لانها أم ولد أعتقت وتداخلت العدتان فيجب عليه الاحداد الى أن تذهب مدة النكاح وهي حيضتان من وقت الشراء لانها عدة النكاح ولا يجب عليها فيما بقي من الحيضة الاخرى لانها عدة أم الولد أعتقت (قوله تشبيه لا تحقيق بدليل قوله قبله الخ) أقول في دلالته على ما ذكره تأمل بل دلالته على انه كذلك حكما الا أن يريد بالتشبيه هذا المعنى

قال (واذا طلق الذمى الذمية فلا عدة عليها

(واذا طلق الذمى الذمية فلا عدة عليها

بالشراء ولم تطهر العدة حتى حل وطؤها بملك اليمين ثم بالعتق تطهر غير أن هنا تجب عليها عدة أخرى لانها أم ولد أعتقت وتداخلت العدتان فيجب عليها الاحداد الى أن تذهب عدة النكاح وهى حيضتان من وقت الشراء لانها عدة النكاح ولا يجب عليها فيما بقى من الحيضة الاخرى لانها عدة أم ولد أعتقت وكذا لو طلقها طلقة بائنة ثم اشتراها ثم أعتقها وانها ولدت منه أولا ولدلها منه فانه يجب عليها العدة بالطلاق ثم تبطل فى حقه بالشراء حتى يجوز له وطؤها فاذا زال بالعتق تظهر حتى يجب عليها اتمام العدة الاولى لانه كان واجبا بالطلاق السابق وماقاله زفر فاسد لانه يستلزم ابطال المقصود من شرعهما وهو عدم اشتباه الانساب فانه لو كان تزوجها قبل أن تحيض فى العدة ثم طلقها من يومه حلت للازواج من غير عدة من الطلاق وفى ذلك اشتباه النسب وفساد كبير ولهما ان الوطء قبض وهى مقبوضة فى يده حقيقة بالوطأة الاولى وبقى أثر هذا القبض بقيام العدة اذ هى أثره فاذا جدد النكاح والحال قيام قبضها ناب قبضها القائم مقام استحداث قبض آخر فكان بمجرد العقد قابضا كالغاصب اذا اشترى المغصوب وهو فى يده بالغصب ناب ذلك القبض عن التسليم المستأنف ولا يقال وجب على هذا أن يملك الرجعة لان الطلاق الصريح بعد الدخول يعقب الرجعة وهو منتف لانا نقول نحن ما جعلنا النكاح الثانى قائما مقام النكاح والدخول من كل وجه بل فى حق تكميل المهر ووجوب استئناف العدة للاحتياط فلا يلزم منه اقامته مقامه فى حق جميع الاحكام والا كان اقامة فى حق ترك الاحتياط لان الاحتياط فى انقطاع الرجعة ألا يرى ان صريح الطلاق بعد الخلوة لا يثبتها مع ان الخلوة قائمة مقام الدخول فى تكميل المهر ووجوب العدة فعلم بهذا انه لم يلزم من اقامة النكاح مقام الدخول فى ذينك الحكمين اقامته مقامه وثبوت الرجعة بصريح الطلاق وهذه احدى المسائل المبنية على هذا الاصل وهو ان الدخول فى النكاح الاول دخول فى الثانى أولا وثانيها لو تزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها ففرق بينهما ثم تزوجها صحيحا وهى فى العدة عن ذلك الفاسد ثم طلقها قبل الدخول يجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة عندهما ولو كان على القلب بان تزوجها صحيحا أولا ثم طلقها بعد الدخول ثم تزوجها فى العدة فاسدا لا يجب عليه مهر ولا عليها استقبال العدة ويجب عليها اتمام العدة الاولى بالاتفاق والفرق لهما أنه لا يتمكن من الوطء فى الفاسد فلا يجعل واطئا حكما لعدم الامكان حقيقة ولهذا لا يجعل واطئا بالخلوة فى الفاسد حتى لا يجب عليها العدة بها ولا عليه المهر وثالثها لو دخل بها فى الصحة وطلقها بائنا ثم تزوجها فى المرض فى عدتها وطلقها بائنا قبل الدخول هل يكون فارا أم لا ورابعها لو تزوجت بغير كفء ودخل بها ففرق القاضى بينهما بطلب الولى ثم تزوجها هذا الرجل فى العدة بمهر وفرق القاضى بينهما قبل أن يدخل بها كان عليه المهر الثانى كاملا وعدة مستقبلة عندهما استحسانا وعند محمد نصف المهر الثانى وعليها اتمام العدة الاولى وخامسها تزوجها صغيرة ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها فى العدة فبلغت فاختارت نفسها قبل الدخول وسادسها تزوجها صغيرة فدخل بها فبلغت فاختارت نفسها ثم تزوجها فى العدة ثم طلقها قبل الدخول وسابعها تزوجها ودخل بها ثم ارتدت ثم أسلمت فتزوجها فى العدة ثم ارتدت قبل الدخول بها وثامنها تزوجها ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها فى العدة ثم ارتدت قبل الدخول بها وتاسعها تزوج أمة ودخل بها ثم أعتقت فاختارت نفسها ثم تزوجها فى العدة ثم طلقها قبل الدخول وعاشرها تزوج أمة ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها فى العدة فأعتقت فاختارت نفسها قبل الدخول (قوله واذا طلق الذمى الذمية) أو مات عنها (فلا عدة عليها) فلو تزوجها مسلم أو ذمى فى فور طلاقها جاز وهذا اذا كانت لا تجب فى معتقدهم بخلاف ما اذا طلقها المسلم أو مات عنها فان عليها العدة بالاتفاق لانها حقه ومعتقده

وكذا اذا خرجت الحربية الينا) مراغمة على نية ان لاتعود الى دار الحرب ابدا يقال راغم فلان قومه إذا نابذهم وخرج عنهم والاسلام ليس بشرط قال الامام التمرتاشي إذا خرج أحد الزوجين إلينا مسلما أو ذميا أو مستأمنا ثم أسلم أو صار ذميا والآخر على حربيه فقد زالت الزوجية ثم إن كانت المرأة هي الخارجة فلا عدة عليها وانما قيد المصنف بقوله مسلمة بيانا لاحسن حالاتها (فان تزوجت جاز عند أبي حنيفه وقالا عليها وعلى الذمية العدة أما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم) يعني كما أن نكاح المحارم فيما بينهم صحيح عنده اذا كان معتقدهم ذلك حتى لا يتعرض لهم كذلك الذمية المطلقة لا عدة عليها من الكافر اذا كان معتقدهم ذلك (وقد بيناه في كتاب النكاح) يعني في باب نكاح أهل الشرك (وأما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بينهما بسبب آخر كالطلاق وجبت العدة فكذا بسبب التباين بخلاف ما اذا هاجر الرجل وتركها) في دار الحرب (لعدم تبليغ أحكام الشرع اياها وله قوله تعالى ولا جناح عليكم أن تنكحوهن) نفى الجناح في نكاح المهاجرات مطلقا فتقييده بما بعد انقضاء العدة زيادة على النص وقوله (ولان العدة حيث وجبت) دليل معقول وتقريره العدة حيث

وجبت كان فيها حق العبد لانها تجب صيانة لماء محترم ولهذا لا تجب قبل الدخول ولا حق للحربي لانه ملحق بالجماد حتى كان محلا للتملك وقوله (الا أن تكون حاملا) يجوز أن يكون استثناء من قوله والحربي ملحق بالجماد معنى لان معناه والحربي لا حق له (الا أن تكون امرأته حاملا لان في بطنها ولدا ثابت النسب) والحمل الثابت النسب يكون امنع من احتماله ألا ترى أن أم الولد اذا كانت حاملا لا يزوجها مولاها واذا كانت حائلا جاز له ذلك وهذا لان الولد اذا كان ثابت النسب كان الفراش قائما فنكاحها يستلزم الجمع بين الفراشين ولا كذلك اذا لم يكن ولقائل أن يقول قوله تعالى ولا جناح عليكم أن تنكحوهن مطلق لا يفصل بين الحامل والحائل فتقييده بالحائل زيادة على النص فلا يجوز كما قلتم بالنسبة الى العدة والجواب ان قوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره مشهور وتلقته الامة بالقبول فيجوز به الزيادة بخلاف العدة فانه ليس فيها مثله وروى الحسن عن أبي حنيفة انها ان تزوجت صح نكاحها ولا يطؤها كالحبلى من الزنا والاول وهو أن لا يجوز نكاح المهاجرة الحامل أصح لثبوت نسب الولد بخلاف الحبلى من الزنا لانه لا نسب له

وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة فان تزوجت جاز الا أن تكون حاملا وهذا كله عند أبي حنيفة وقالا عليها وعلى الذمية العدة) أما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في كتاب النكاح وقول أبي حنيفة فيما اذا كان معتقدهم انه لا عدة عليها وأما المهاجرة فوجه قولهما أن الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة فكذا بسبب التباين بخلاف ما اذا هاجر الرجل وتركها لعدم التبليغ وله قوله تعالى لا جناح عليكم أن تنكحوهن ولان العدة حيث وجبت كان فيها حق بني آدم والحربي ملحق بالجماد حتى كان محلا للتملك الا أن تكون حاملا لان في بطنها ولدا ثابت النسب وعن أبي حنيفة انه يجوز نكاحها ولا يطؤها كالحبلى من الزنا والاول أصح

(قوله وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة) ليس بقيد بل المعتبر أن تصير بحيث لا تتمكن من العود إما بخروجها مسلمة أو ذمية أو مستأمنة ثم أسلمت أو صارت ذمية لا عدة عليها (فان تزوجت جاز الا أن تكون حاملا) وعنه لا يطؤها الزوج حتى يستبرئها بحيضة وعنه لا يتزوجها الا بعد الاستبراء (وقالا عليها) أي الحربية التي خرجت مهاجرة العدة (وعلى الذمية العدة أما الذمية فالخلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في النكاح) أي الاختلاف المشبه وهو عين المتنازع فيه هنا وهو قوله في باب نكاح أهل الشرك واذا تزوج الكافر بغير شهود أو في عدة كافر وذلك في دينهم جائز الى آخره أو المراد كلا من الاختلافين (وأما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة) لمسألة في دار الاسلام (لو وقعت بسبب آخر) غير التباين في دار الاسلام كالمطاوعة والموت والطلاق (وجبت العدة فكذا بسبب التباين) وانما قيدنا بالمسلمة ليتجه خصوص هذا الدليل عليه فهو دليل يخص الخارجة مسلمة ولو لم يخص بها لم تظهر الملازمة عليه لانه قائل بعدم العدة عن طلاق الذمي ذمية اذا كانوا يدينون ذلك (قوله بخلاف ما اذا هاجر الزوج) مسلما أو ذميا أو مستأمنا ثم صار مسلما أو ذميا (وتركها) فانه لا عدة عليها هنالك إجماعا حتى جاز له أن يتزوج أختها أو أربعا سواها كما دخل دار الاسلام (لعدم تبليغ الاحكام) لها في دار الحرب لا لانها غير مخاطبة بالعدة لما قدمنا في باب نكاح أهل الشرك انها حق الآدمي فتخاطب بها وقوله (وله قوله تعالى ولا جناح عليكم أن تنكحوهن) بعد قوله تعالى اذا جاءكم المؤمنات

(قوله وانما قيد المصنف بقوله مسلمة الخ) أقول انما قيد بقوله مسلمة ليعلم أن حال غيرها بالطريق الاولى قال المصنف (ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة) أقول ممنوع عند أبي حنيفة رحمه الله (قوله أمنع من احتماله) أقول فلا يلزم من منع الحل منع الاحتمال (قوله والجواب ان قوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله الخ) أقول فيه بحث والاصوب التشبث بقوله تعالى وأولات الاحمال الآية فان المراد أولات الاحمال عند الفرقة ولا فرقة في الزنا ثم الحديث لا يدل على نفي النكاح بل يدل على نفي الوطء (قوله والاول وهو أن لا يجوز نكاح المهاجرة الحامل أصح الخ) أقول قد تقدم في فصل المحرمات من كتاب النكاح ان امتناع النكاح في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للحربي فينبغي أن يجوز

﴿فصل﴾ لما ذكر نفس وجوب العدة وكيفية الوجوب وعلى من تجب وعلى من لا تجب ذكر في هذا الفصل ما يجب على المعتدات أن يفعلنه وما لا يجب يقال بت طلاق المرأة وأبته والمبتوتة المرأة وأصلها المبتوت طلاقها والمراد بالمبتوتة من انقطع عنها حق الرجعة وهي تقع على ثلاث وهي المختلعة والمطلقة ثلاثا والمطلقة بتطليقة بائنة (وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد) وهو ترك زينتها وخضابها بعد وفاة زوجها وأصل الحد المنع يقال أحدت المرأة إحدادا فهي محدة منعت نفسها وحدت تحد حدادا (أما المتوفى عنها زوجها فلقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام الا على زوجها أربعة أشهر وعشرا) وفي وجه الاستدلال به اشكال لان مقتضاه احلال الاحداد للمتوفى عنها زوجها لكون الاستثناء من التحريم والاستثناء من التحريم احلال وليس الكلام فيه وانما هو في الايجاب وقال في النهاية يمكن أن يقال قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل نفي لاحلال الاحداد ونفي احلال الاحداد نفي الاحداد نفسه فحينئذ كان في المستثنى اثبات الاحداد لا محالة وكان تقرير الحديث لا تحد المرأة على ميت فوق ثلاثة أيام الا المتوفى عنها زوجها فانها تحد أربعة أشهر وعشرا فكان هذا حينئذ إخبارا باحداد المتوفى عنها زوجها فكان واجبا لان إخبار الشارع آكد من الامر وهذا أنسب ما وجدت في الشروح فان قيل الاحداد هو التأسف على فوت النعم وذلك مذموم قال الله تعالى لكيلا تأسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما آتاكم فكيف صار واجبا بالخبر معارضا الكتاب أجيب بأن المراد بما في الكتاب فرح خاص وأسى خاص وهو الفرح والاسى مع الصياح هكذا روى عن ابن مسعود (وأما) وجوب الاحداد على المبتوتة فمذهبنا

﴿فصل﴾ قال (وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد) أما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام الا على زوجها أربعة أشهر وعشرا وأما المبتوتة فمذهبنا

المؤمنات مهاجرات والزيادة على النص لا تجوز بالظني وقوله تعالى يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء في المطلقات فالحاق التباين بالطلاق قياسا يقيده بما بعد العدة ولا تجوز الزيادة بالقياس هذا والكتابية تحت المسلم تعتد كالمسلمة والخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد لا تجب معها العدة عند الفرقة كما لا يجب معها المهر لان التسليم لا يجوز لها فلا تقام الخلوة مقام الوطء ولا إشكال في وجوبها بالخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح وأما الخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح فان كان يمكن الوطء مع المانع كالحيض والاحرام ونحو ذلك تجب العدة وان لم يجب كمال المهر وان اعترفا بعدم الدخول لانها حق الشرع والولد فلا يصدقان في حق إبطال حق غيرهما وتقدمت هذه في باب المهر وان هذا قول القدوري ومن تبعه ومختار غيرهم وجوب العدة في كل صور الخلوة وعدة المستحاضة كغيرها لانها ترد إلى أيام عادتها فان نسيت عادتها اعتدت بثلاثة أشهر وكذا التي لم تحض قط وحيث وجب الاعتداد بالاشهر فاما أن يكون الطلاق أو الموت في غرة الشهر أو في أثنائه ففي الاول يعتبر ثلاثة أشهر في الطلاق أو أربعة في الوفاة بالاهلة وفي الثاني قال أبو حنيفة تعتبر الايام تسعين في الطلاق ومائة وعشرين في الوفاة وقال محمد تعتد بقية الشهر بالايام ثم تعتد شهرين بالاهلة وتكمل الشهر الاول من الشهر الثالث بالايام وعن أبي يوسف روايتان كالقولين آخرهما كقول محمد رحمه الله

﴿فصل﴾ لما ذكر نفس وجوب العدة وكيفية وجوبها أخذ يذكر ما يجب فيها على المعتدات فانه في المرتبة الثانية من أصل وجوبها (قوله وعلى المبتوتة) يعني ويجب بسبب التزوج على المبتوتة وأصله المبتوت طلاقها ترك ذلك للعلم به لكثرة الاستعمال وهي المختلعة والمطلقة ثلاثا أو واحدة بائنة ابتداء ولا نعلم خلافا في عدم وجوبه على الزوجة بسبب غير الزوج من الاقارب وهل يباح قال محمد في النوادر لا يحل الاحداد لمن مات أبوها أو أمها أو ابنها أو أخوها وانما هو في الزوج خاصة قيل أراد بذلك فيما زاد على الثلاث لما في الحديث من اباحته للمسلمات على غير أزواجهن ثلاثة أيام والتقييد بالمبتوتة يفيد نفي وجوبه على الرجعية وينبغي انها لو أرادت أن تحد على قرابة ثلاثة أيام ولها زوج له أن يمنعها لان الزينة حقه حتى كان له أن يضربها على تركها إذا امتنعت وهو يريدها وهذا الاحداد مباح لها لا واجب عليها وبه يفوت حقه (قوله فلقوله صلى الله عليه وسلم الخ) في الصحيحين من حديث زينب بنت

﴿فصل﴾ وعلى المبتوتة (قوله وخضابها بعد وفاة زوجها) أقول الاولى أن يقال بعد فراق زوجها ليعم المبتوتة (قوله وقال في النهاية يمكن أن يقال الى قوله وهذا أنسب ما وجدت في الشروح) أقول ان أراد اتحاد النفيين فظاهر انه ليس كذلك وان أراد الاستلزام فعلى تقدير تسليمه لا ضرورة في جعل الاستثناء من اللازم ثم أقول لو صح ما ذكره لاطرد في أمثاله وليس كذلك (قوله فان قيل الاحداد هو التأسف على فوت النعم وهو مذموم الخ) أقول ولك أن تقول المذموم هو التأسف على فوت النعم الدنيوية المحضة ونعمة النكاح ليست كذلك فانها من أسباب النجاة في المعاد والدنيا

وقال الشافعي لا احداد عليها لانه وجب اظهارا للتأسف على فوت زوج وفى بعهدها الى مماته وقد أوحشها بالابانة فلا تأسف بفوته

أبي سلمة قالت توفي حميم لام حبيبة فدعت بصفرة فمسحته بذراعيها وقالت إنما أصنع هذا لاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث الا على زوج أربعة أشهر وعشرا والحميم القريب وقد روى بلفظ آخر ووقع فيه مفسرا هكذا لما توفى أبوها أبو سفيان وفى لفظ البخاري فيه فوق ثلاثة أيام ولا يخفى انه لا دليل فيه على إيجاب الاحداد لان حاصله استثناؤه من نفي الحل فيفيد ثبوت الحل ولا كلام فيه وما قيل من أن نفي حل الاحداد نفي الاحداد فاستثناؤه استثناء من نفيه وهو إثباته فيصير حاصل لا احداد الا من زوج فانها تحد وذلك يقتضي الوجوب لان الاخبار يفيده على ما عرف ومن أن نفي حل الاحداد إيجاب الزينة فاستثناؤه استثناء من الايجاب فيكون إيجابا لان الاصل أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه غير لازم اذ يمنع كون نفي حل الشئ الحسي نفي له عن الوجوب لغة أو شرعا ليتضمن الاستثناء الاخبار بوجوده بل نفي له عن الحل ولو سلم فوجود الشئ في الشرع لا يستلزم الوجوب لتحققه بالاباحة والندب ولا وجوب وأيضا استثناء الاحداد من إيجاب الزينة حاصله نفي وجوب الزينة وهو معنى حل الاحداد واتحاد الجنس حاصل مع هذا فان المستثنى والمستثنى منه الاحداد ولا يتوقف اتحاد الجنس على صفة الوجود فيما هو كالاول فلذا قال ظهير الدين وما فاهوا بما فيه ثلج الفؤاد وعن هذا ذهب الشعبي والحسن البصري إلى أنه لا يجب ولكن يحل ويدل عليه ما أخرجه أبو داود في مراسيله عن عمرو بن شعيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص للمرأة أن تحد على زوجها حتى تنقضي عدتها وعلى من سواه ثلاثة أيام والحق ان الاستدلال بنحو حديث حفصة في صحيح مسلم أنه صلى الله عليه وسلم قال لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها فانها تحد عليه أربعة أشهر وعشرا فان فيه تصريحا بالاخبار ويكون الحديث المذكور للمصنف محكوما بارادة الاخبار بوجود فعلها منه بطريق الحل لظهور إرادته في حديث آخر ولم يخف أن الاخبار الموجب للوجوب الاخبار بصدور الفعل بالنسبة إلى المكلف لا بالنسبة إلى ثبوته شرعا مثلا اذا قال الحداد تفعله المرأة أفاد الوجوب لا إذا قال الحداد ثابت شرعا فانه أعم ومن الادلة فيه حديث أم عطية في الصحيحين أنه صلى الله عليه وسلم قال لا تحد امرأة على ميت فوق ثلاث الا على زوج أربعة أشهر وعشرا ولا تلبس ثوبا مصبوغا الا ثوب عصب ولا تكتحل ولا تمس طيبا الا إذا طهرت نبذة من قسط أو اظفار فصرح بالنهي في تفصيل معنى ترك الاحداد والنبذة بضم النون الشئ اليسير والقسط والاظفار نوعان من البخور رخص فيه في الغسل من الحيض في تطييب المحل وإزالة كراهته وحديث أم سلمة في الصحيحين أيضا قالت جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينها أفنكحلها بضم الحاء فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مرتين أو ثلاثا كل ذلك يقول لا ثم قال انما هي أربعة أشهر وعشر وقد كانت احداكن في الجاهلية ترمي بالبعرة على رأس الحول قالت زينب كانت المرأة إذا توفي عنها زوجها دخلت حفشا ولبست شر ثيابها ولم تمس طيبا ولا شيأ حتى تمر بها سنة ثم تؤتى بدابة حمار أو شاة أو طائر فتفتض به فقلما تفتض بشئ الا مات ثم تخرج فتعطى بعرة فترمي بها ثم تراجع بعد ما شاءت من طيب أو غيره الحفش بكسر الحاء المهملة ثم فاء ثم شين معجمة البيت الصغير قريب السقف حقير وتفتض بفاء ثم تاء مثناة من فوق مفتوحة قيل أي تكسر ما هي فيه من العدة بطائر أو نحوه تمسح به قبلها وتنبذه فلا يكاد يعيش ما تفتض به فهو من فض الله فاه ولا فض الله فاك وقيل الافتضاض الانقاء بالغسل ليصير كالفضة فهو منه والاول أحسن (قوله وقال الشافعي رحمه الله لا احداد عليها) أي على المبتوتة لانه لا لاظهار التأسف وهو في الموت لصبره

(وقال الشافعي لا احداد عليها لانه وجب اظهارا) للتأسف على فوت زوج وفى بعهدها الى مماته وهذا قد أوحشها بالابانة فلا تأسف على فوته)

ولنا ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة أن تختضب بالحناء وقال الحناء طيب) رونه أم سلمة ولم يفصل بين معتدة الوفاة وغيرها وفي معناه ما روى الطحاوي في شرح الآثار باسناده الى حماد عن ابراهيم النخعي قال المطلقة والمختلعة والمتوفى عنها زوجها والملاعنة لا يختضبن ولا يتطيبن ولا يلبسن ثوبا مصبوغا ولا يخرجن من بيوتهن وابراهيم أدرك عصر الصحابة وزاحمهم في الفتوى فيجوز تقليده وقوله (ولانه وجب) دليل معقول ويجوز أن يكون بيانا لالحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها بطريق الدلالة وتقريره أن النص ورد في وجوب الاحداد على المتوفى عنها زوجها بلا خلاف ومناط حكمه اظهار التأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنها والابانة أقطع لها من الموت حتى كان لها أن تغسله ميتا

قبل الابانة لا بعدها فكان الحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها كالحاق ضرب الوالدين بالتأفيف فان قيل ان تم هذا في المطلقة لم يتم في المختلعة لانها قد افتدت نفسها برضاها لطلب الخلاص منه فكيف تتأسف فالجواب أن الاحكام انما تعتبر بالموضوعات الاصلية وفوات نعمة النكاح مما يوجب التأسف بوضعه فلا معتبر بصورة نقض صدرت من ناقصات العقل والدين لا يقال لو كان الحداد لما ذكرتم لوجب على الازواج أيضا لان نعمة النكاح مشتركة بينهما لانا نقول النص لم يرد الا في الزوجات والازواج ليسوا في معناهن لكونهم أدنى منهن في نعمة النكاح لما فيه من صيانتهن لانهن لحم على وضم ودرور النفقة عليهن لكونهن ضعائف عن التكسب عواجز عن التقلب ولا كذلك الازواج وقوله (والحداد ويقال الاحداد) تعريف للحداد وكان موضعه أول الكلام وأتى بالجامع الصغير لان لفظه يخالف لفظ القدوري وفي الوجع اشارة الى أن العذر هو التداوي لا الزينة

ولنا ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة أن تختضب بالحناء وقال الحناء طيب ولانه يجب اظهار التأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنها والابانة أقطع لها من الموت حتى كان لها أن تغسله ميتا قبل الابانة لا بعدها (والحداد) ويقال الاحداد وهما لغتان

على صحبتها الى الموت بخلاف ابتدائه لطلاقها ثلاثا فانه موحشها أو خلعه لانها راغبة فيه لما كان سؤالها قلنا في محل النزاع نص وهو ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب ذكره السروجي حديثا واحدا وعزاه للنسائي هكذا ولفظه نهى المعتدة عن الكحل والدهن والخضاب بالحناء وقال الحناء طيب والله أعلم به ويجوز كونه في بعض كتبه وأما جعله حديثين حديث الحناء طيب المتقدم وحديث أبي داود عن أم حكيم بنت أسيد عن أمها عن مولاة لها عن أم سلمة قالت قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا في عدتي من وفاة أبي سلمة لا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء فانه خضاب قلت فبأي شيء أمتشط يا رسول الله قال بالسدر تغلفين به رأسك فمع الطعن في اسناده لا يفيد المقصود فانه في معتدة عن وفاة ولو سلم ثبت المطلوب بالقياس على عدة المتوفى عنها بجامع اظهار التأسف على فوات نعمة النكاح وبتقدير تسليم ان ما عينه الشافعي مناسب معتبر في محل النص وهو المتوفى عنها زوجها لكنه ليس هو المناسب المعتبر على الحصر بل في المحل أيضا اظهار التأسف على فوات نعمة النكاح التي هي من أسباب النجاة في المعاد والدنيا فانه ضابط للحكمة المقصودة لفوات الزوج وكون الزينة والطيب من مهيجات شهوة الجماع وهي ممنوعة عن النكاح شرعا في هذه المدة فتمتنع دواعيه دفعا لما يدافع عن أداء الواجب وقد ذكر المصنف هذا المعنى أيضا عند قوله وفيه وجهان الى آخره لكن ظاهره انه ذكر على أنه علة أخرى والتحقيق انه حكمة لان المنضبط فوات ما قلناه بخلاف ما هو دواعيه وكل من الامرين يستقل بالحكم فاذا وجد في محل ثبت معه ذلك الحكم ففي المبتوتة ان فقد التأسف على الزوج فالآخر وهو اظهار التأسف على فوات نعمة النكاح موجود ولو تم ما ذكر من اظهار التأسف مطلقا ليس علة لانه ممنوع منه بقوله تعالى لكيلا تأسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما آتاكم فلا يكون الاحداد في المتوفى عنها منوطا به لزم كون وجوبه تبعا للعدة بالنص أو معلولا بالآخر فقط لكن منع بأن المراد بقوله تعالى لكيلا تأسوا الآية الأسى مع الصياح والفرح مع الصياح نقل عن ابن مسعود موقوفا ومرفوعا (قوله والحداد ويقال الاحداد) فمن الاول يقال حدت المرأة تحد من باب نصر ومن باب ضرب أيضا حدادا فهي حاد ومن الثاني يقال أحدت

(قوله ولم يفصل بين معتدة الوفاة وغيرها) أقول فيقتضي أن يجب الحداد على المطلقة الرجعية في العدة والجواب ان كونها معتدة متردد غير متبين ما دامت في المدة فاذا انقضت ولم يراجعها ظهر ان المبطل عمله من وقت وجوده والمدة عدة كما تقدم فلم تكن معتدة على الكمال (قوله ويجوز أن يكون بيانا لالحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها بطريق الدلالة) أقول فيه بحث (قوله ومناط حكمه اظهار التأسف على فوت نعمة النكاح الخ) أقول ظاهر قوله صلى الله عليه وسلم الا على زوجها يدل على انه لفوات الزوج فليتأمل

(أن تترك الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب الا من عذر وفي الجامع الصغير الا من وجع) والمعنى فيه وجهان أحدهما ماذكرناه من اظهار التأسف والثاني ان هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها وهي ممنوعة عن النكاح فتجتنبها كي لا تصير ذريعة الى الوقوع في المحرم وقد صح أن النبي عليه السلام لم يأذن للمعتدة في الاكتحال والدهن لا يعرى عن نوع طيب وفيه زينة الشعر ولهذا يمنع المحرم عنه قال الا من عذر لان فيه ضرورة والمراد الدواء لا الزينة ولو اعتادت الدهن فخافت وجعا فان كان ذلك أمرا ظاهرا يباح لها لان الغالب كالواقع وكذا لبس الحرير اذا احتاجت اليه لعذر لا بأس به (ولا تختضب بالحناء) لما روينا (ولا تلبس ثوبا مصبوغا بعصفر ولا بزعفران) لانه يفوح منه رائحة الطيب

تحد احدادا فهي محد (قوله ان تترك الطيب) ولا تحضر عمله ولا تتجر فيه وان لم يكن لها كسب الا فيه (قوله وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم) تقدم (قوله والدهن لا يعرى عن نوع طيب) إما في ذاته أو في المدهن به لما فيه من طيب نفسه به وزينته وقد وقع للزيلعي مخرج الاحاديث هنا وهم وذلك انه جعل لفظة الدهن عطفا على الاكتحال فقال عن المصنف انه صلى الله عليه وسلم لم يأذن للمعتدة في الاكتحال والدهن فخرج حديث منعه الاكتحال ثم قال وأما الدهن فقريب وهو سهو فان الدهن مبتدأ خبره قوله لا يعرى عن نوع طيب فألحقه الحاقا (قوله قال الا من عذر) لان فيه ضرورة هذا مذهب جمهور الائمة وذهبت الظاهرية الى انها لا تكتحل ولو من وجع وعذر لما تقدم من الحديث الصحيح حيث نهى نهيا مؤكدا عن الكحل التي اشتكت عينها والجمهور حملوه على انه لم يتحقق الخوف على عينها وكذا قال المصنف فان كان ذلك أمرا ظاهرا يباح لها ذلك بشهادة الكتاب والسنة على ذلك من حيث العمومات وقد جاء في حديث أم حكيم بنت أسيد عن أمها ان زوجها توفي وكانت تشتكي عينها فتكتحل بكحل الجلاء فأرسلت مولاة لها الى أم سلمة فسألتها عن كحل الجلاء فقالت لا تكتحل منه الا من أمر لا بد منه يشتد عليك فتكتحلي بالليل وتمسحيه بالنهار ثم قالت عند ذلك دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم حين توفي أبو سلمة وقد جعلت على صبرا فقال ما هذا يا أم سلمة فقلت انما هي صبر يا رسول الله فقال انه يشب الوجه فلا تجعليه الا بالليل وانزعيه بالنهار ولا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء فانه خضاب الحديث رواه أحمد وغيره لكن أمها مجهولة وتمتشط باسنان المشط الواسعة لا الضيقة ذكره في المبسوط وأطلقه الائمة الثلاثة وقد ورد في الحديث مطلقا وكونه بالضيقة يحصل معنى الزينة وهي ممنوعة منها وبالواسعة يحصل دفع الضرر ممنوع بل قد تحتاج لاخراج الهوام الى الضيقة ثم كل ما أرادت به معنى الزينة لم يحل وأجمعوا على منع الادهان المطيبة واختلفوا في غير المطيبة كالزيت والشيرج البحتين والسمن فمنعناه نحن والشافعي الا لضرورة لحصول الزينة به وأجازه الامامان والظاهرية (قوله لعذر) كالحكة والقمل والمرض وقال مالك يباح لها الحرير الاسود والحلي والمعنى المعقول من النص في منع المصبوغ ينفيه وقد صرح بمنع الحلي في الحديث على ما سنذكره ولم يستثن من المصبوغ في الحديث السابق الا العصب فشمل منع الاسود (قوله لانه يفوح الخ) يفيد انه اذا كان خلقا لا رائحة له يجوز وفي الكافي قال اذا لم يكن لها ثوب الا المصبوغ فانه لا بأس به لضرورة ستر العورة لكن لا تقصد الزينة وينبغي تقييده بقدر ما تستحدث ثوبا غيره إما ببيعه والاستخلاف بثمنه أو من مالها ان كان لها وروى مالك وأبو داود والنسائي عن أم سلمة قالت قال النبي صلى الله عليه وسلم لا تلبس المتوفى عنها زوجها المعصفر من الثياب ولا الممشقة ولا الحلي ولا تختضب ولا تكتحل هذا لفظ أبي داود والمشق المغرة ولا تلبس العصب عندنا وأجاز الشافعي رقيقه وغليظه ومنع مالك رقيقه دون غليظه واختلف الحنابلة فيه وفي تفسيره في الصحاح العصب ضرب من برود اليمن ينسج أبيض ثم يصبغ بعد ذلك وفي المغني

ان هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها لان المرأة ان كانت متزينة متطيبة تزيد رغبة الرجل فيها (وهي ممنوعة عن النكاح) مادامت في عدة الوفاة أو الطلاق (فتجتنبها كي لا تصير ذريعة) أي وسيلة الى الوقوع في المحرم) وهو النكاح (وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يأذن للمعتدة في الاكتحال) روى عن أم سلمة رضي الله عنها أنها قالت جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت ان زوج ابنتي توفي وقد اشتكت عينها أفنكحلها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مرتين أو ثلاثا وقوله (والمراد الدواء) يعني ينبغي أن يكون مرادها بالاستعمال الدواء لا الزينة وقوله (لما روينا) اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم الحناء طيب

(قوله روى عن أم سلمة رضي الله عنها الى قوله فقال صلى الله عليه وسلم لا مرتين أو ثلاثا) أقول فان قيل مقتضى الحديث أن لا يجوز بعذر كما هو مذهب الظاهرية لا يجوزون الاكتحال ولو من وجع للحديث قلنا الجمهور حملوه على انه لم يتحقق الخوف على عينها قال الكمال الدميري في شرح منهاج النووي زاد عبد الحق فيه انها قالت يا رسول الله اني أخشى أن تنفقأ عينها قال وان انفقأت اهـ فهذا يدل على ما ذهب اليه الظاهرية الا أن يقال بعدم صحته وفيه تأمل

قال (ولا احداد على كافرة) هذا بيان من لا يجب عليها الحداد وهن خمس الكافرة والصغيرة وأم الولد والمعتدة عن نكاح فاسد والمطلقة الرجعية ولم يذكرها في هذا الموضع لكونها معلومة مما تقدم أما الكافرة وهي الكتابية فلانها غير مخاطبة بحقوق الشرع والحداد من حقوقه أشار الى ذلك قوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر وأما الصغيرة فلان الخطاب موضوع عنها وذكر الامة في أثنائها استطرادا وهو ظاهر وأما أم الولد والمعتدة عن نكاح فاسد فلان كل واحدة منهما فاتها نعمة النكاح لتظهر التأسف والاصل هو الاباحة في الزينة لاسيما في النساء

قال (ولا احداد على كافرة) لانها غير مخاطبة بحقوق الشرع (ولا على صغيرة) لان الخطاب موضوع عنها (وعلى الامة الاحداد) لانها مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى بخلاف المنع من الخروج لان فيه ابطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته قال (وليس في عدة أم الولد ولا في عدة النكاح الفاسد احداد)

المغني الصحيح انه نبت يصبغ به الثياب وفسرت في الحديث بأنها ثياب من اليمن فيها بياض وسواد ويباح لها لبس الاسود عند الائمة الاربعة وجعله الظاهرية كالاحمر والاخضر (قوله ولا احداد على كافرة) لا احداد عندنا على كافرة ولا صغيرة ولا مجنونة خلافا للشافعي ومالك لانه يجب لموت الزوج فيعم النساء كالعدة قلنا يجب الحداد عند موت الزوج حقا من حقوق الشرع ولهذا لو أمرها الزوج بتركه لا يجوز لها تركه فلا يخاطب هؤلاء به ولذا شرط الايمان فيه حيث قال صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر الحديث قولهم كالعدة عليهن قلنا العدة قد تقال على كف النفس عن الحرمات الخاصة وعلى نفس الحرمات وعلى مضي المدة على ما أسلفناه بتحقيقه والعدة اللازمة لهن بكل من المفهومين الآخرين على معنى ان عند البينونة بالموت والطلاق يثبت شرعا عدم صحة نكاحهن الى انقضاء مدة معينة فاذا باشره ولي الصغيرة والمجنونة قبلها لا يصح شرعا ولا خطاب للعباد فيه تكليفي بل هو من ربط المسببات بالاسباب بخلاف منعها عن اللبس والطيب فانه فعلها الحسي محكوم بحرمته فلابد فيه من خطاب التكليف بخلاف الاول فانه محكوم بعدم صحته ولا يتوقف على خطاب التكليف فلو اكتحلن أو لبسن المزعفر أو اختضبن لا بأس لعدم التكليف به نعم قد ثبت على الكافرة في العدة خطاب عدم التزوج لحق الزوج فان في العدة بهذا المعنى جهتين (قوله وعلى الامة الحداد) يعني اذا كانت منكوحة في الوفاة والطلاق البائن وكذا المدبرة وأم الولد والمكاتبة والمستسعاة لثبوت العلة الموجبة لانها مخاطبة بحقوقه تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى وليس في الاحداد فوات حقه في الاستخدام بخلاف المنع من الخروج فانه لو لزمها في العدة ثبت ذلك فقلنا لا تمنع من الخروج في عدتها كي لا يفوت حقه في استخدامها وحق العبد مقدم على حق الشرع باذنه لغناه قال تعالى الا ما اضطررتم اليه فان قيل لو وجب الحداد لعلة فوات نعمة النكاح لوجب بعد شراء المنكوحة فالجواب انها لم تفت لقيام الحل والكفاية غاية الامر انه ثبت على وجه أحط من الحل الثابت بالعقد باعتبار ثبوت النسب بلا دعوة في العقد بخلاف الملك ولا أثر لهذا القدر من الاحطية فان نعمة النكاح ليس فواتها مؤثرا باعتبار ذلك القدر من الخصوصية بل باعتبار فوات ما فيها من انها سبب لصونها وكفاية مؤنتها وهذا القدر لم يفت فلا موجب للحداد وبهذا التقرير يندفع اشكال انه لا ينوب الادنى وهو هذا الحل عن الاعلى والتفصي عنه بالتزام وجوب الحداد على الزوجة المشتراة الا أنه لم يظهر لكونها حلالا حتى لو أعتقها ظهر فانه دعوى بلا دليل عليها بل دليل نفيها انه وجوب لا فائدة فيه لان لها الزينة والتطيب بعد شرائها والوجوب يستتبع الفائدة (قوله وليس في عدة أم الولد من وفاة سيدها أو اعتاقها احداد) وكذا الموطوءة بشبهة والمنكوحة فاسدا

قال المصنف (ولا احداد على كافرة) أقول قال ابن الهمام ولا احداد عندنا على كافرة ولا صغيرة ولا مجنونة خلافا للشافعي ومالك رحمهما الله لانه يجب بموت الزوج فيعم النساء كالعدة قلنا يجب الحداد عند فقد الزوج حقا من حقوق الشرع ولهذا لو أمرها الزوج بتركه لا يجوز لها تركه ولا يخاطب هؤلاء به ولهذا شرط الايمان فيه حيث قال صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر الحديث قولهم كالعدة عليهن قلنا العدة قد تقال على كف النفس عن الحرمات الخاصة وعلى نفس الحرمات وعلى مضي المدة كما أسلفناه بتحقيقه والعدة اللازمة لهن بكل من المفهومين الآخرين على معنى ان عند البينونة بالموت والطلاق يثبت شرعا عدم صحة نكاحهن الى انقضاء مدة معينة فاذا باشره ولي الصغيرة والمجنونة قبلها لا يصح شرعا ولا خطاب للعباد فيه تكليفي بل هو من ربط المسببات بالاسباب بخلاف منعها عن اللبس والطيب فانه فعلها الحسي محكوم بحرمته فلابد فيه من خطاب التكليف بخلاف الاول فانه محكوم بعدم صحته ولا يتوقف على خطاب التكليف فلو اكتحلن أو لبسن المزعفر أو اختضبن لا بأس لعدم التكليف به نعم قد يثبت على الكافرة في العدة خطاب عدم التزوج لحق الزوج فان في العدة بهذا المعنى جهتين اهـ في قوله فلابد فيه من خطاب التكليف بحث لانه لم لا يجوز أن يكون للاولياء

قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده فان قيل قد ذكر المصنف ان وجوب الحداد لاظهار التأسف وكون هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها فان فات الاول في أم الولد والمعتدة عن نكاح فاسد فالثاني موجود فيهما لانهما ممنوعان عن النكاح حال قيام عدتهما وكان ينبغي أن يجب الحداد عليهما للوجه الثاني أجيب بان الوجه الثاني حكمة وليس بعلة لما ذكرنا من دوران وجوب الحداد على فوات نعمة النكاح والحكم يدور على العلة دون الحكمة وأرى ان قوله والاباحة الاصلية اشارة الى الجواب

عن هذا السؤال ووجهه انه لما فات فيهما أحد الوجهين عارضت الاباحة الاصلية الوجه الآخر فلم تثبت الحرمة (ولا ينبغي أن تخطب المعتدة) لقوله ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله (ولا بأس بالتعريض في الخطبة) لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى أن قال ولكن لا تواعدوهن سرا الا أن تقولوا قولا معروفا وقال صلى الله عليه وسلم السر النكاح وعلى هذا التفسير كانت الآية دليلا على الحكمين جميعا والتعريض أن تذكر شيأ تدل به على شئ آخر وقد فسره ابن عباس في الخطبة على ما ذكره في الكتاب ومعنى قوله أكننتم في أنفسكم أي سترتم في قلوبكم فلم تذكروه بألسنتكم لا معرضين ولا مصرحين والمستدرك بقوله ولكن لا تواعدوهن محذوف تقديره علم الله انكم ستذكرونهن فاذكروهن ولكن لا تواعدوهن سرا أي وطأ لانه مما يسر إلا أن تقولوا قولا معروفا وهو أن تعرضوا ولا تصرحوا والاستثناء متعلق بلا وهو تواعدوهن أي لا تواعدوهن مواعدة قط إلا مواعدة معروفة كذا في الكشاف وقد فسر القول المعروف سعيد بن جبير بما ذكره في الكتاب (ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة أن تخرج من المنزل) الذي كانت فيه وقت المفارقة إلا إذا اضطرت نحو ان خافت سقوطه أو يغار فيه على نفسها أو مالها أو أخرجها أهل المنزل بان كانت تسكن بكراء وكان زوجها غائبا أو لا تقدر على الاجرة (والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت في غير منزلها

لانهما فاتهما نعمة النكاح لتظهر التأسف والاباحة أصل (ولا ينبغي أن تخطب المعتدة ولا بأس بالتعريض في الخطبة) لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى ان قال ولكن لا تواعدوهن سرا الا أن تقولوا قولا معروفا وقال عليه السلام السر النكاح وقال ابن عباس رضي الله عنهما التعريض أن يقول اني أريد أن أتزوج وعن سعيد بن جبير رضي الله عنه في القول المعروف إني فيك لراغب واني أريد أن نجتمع (ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلا ولا نهارا والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت في غير منزلها)

لانهن ما فاتهن نعمة النكاح (والاصل الاباحة) أي اباحة الزينة وهذا لان بالاعتاق يزول الرق الذي هو أثر الكفر فهو موضع السرور لا الاسف والنكاح الفاسد والموطوءة بشبهة ظاهر وأورد عليه انه فوات علة معينة وقدم المصنف للاحداد علة أخرى وهو كون هذه الاشياء دواعي الرغبة وكل منهما يستقل وهذه موجودة هنا فينبغي أن يجب الحداد وأجيب بأن كونهما ممنوعتين عن النكاح حكم وجوب الحداد لا علته بل علته فوات نعمة النكاح وهو يدور معها وجودا وعدما كذا قيل وهو بالضعيف جدير وفي النهاية تلك حكمة لا علة لما ذكرنا من دوران وجوب الاحداد بفوات نعمة النكاح والحكم يدور مع العلة لا الحكمة لما عرف في مسئلة الاستبراء (قوله ولا بأس بالتعريض في الخطبة) أراد المتوفى عنها زوجها اذ التعريض لا يجوز في المطلقة بالاجماع فانه لا يجوز لها الخروج من منزلها أصلا فلا يتمكن من التعريض على وجه لا يخفى على الناس ولافضائه الى عداوة المطلق والتعريض أن يذكر شيأ يدل به على شئ لم يذكره لقول ابن عباس فيما أخرج البخاري عنه قال لا جناح عليكم فيما عرضتم به يقول اني أريد أن أتزوج أو وددت أن يتيسر لي امرأة صالحة وقال القاسم يقول انك علي كريمة واني فيك لراغب وإن الله لسائق اليك خيرا أو نحو هذا وأخرج البيهقي عن سعيد بن جبير الا أن تقولوا قولا معروفا قال يقول اني فيك لراغب واني لارجو أن نجتمع وليس في هذا تصريح بالتزوج والنكاح ونحوه انك لجميلة أو صالحة ولا يصرح بنكاحها فلا يقول اني أريد أن أنكحك أو أتزوجك وسبب الآية ولا جناح عليكم فيما عرضتم به أي فيما ذكرتم لهن من الالفاظ الموهمة لارادة نكاحهن أو أكننتم أي أضمرتم في أنفسكم فلم تنطقوا به تعريضا ولا تصريحا علم الله أنكم ستذكرونهن فاذكروهن ولكن لا تواعدوهن سرا أي نكاحا فلا تقولوا أريد أن أتزوجك وسمى النكاح سرا لانه سبب السر الذي هو الوطء فانه مما يسر وحديث السر النكاح المذكور في الكتاب غريب الا أن تقولوا قولا معروفا والاستثناء يتعلق بلا تواعدوهن وهو منقطع لان القول المعروف ليس داخلا في السر والاستدراك يتعلق بالمحذوف الذي أبرزنا صورته وهو فاذكروهن والله أعلم (قوله وبعض الليل) يخصه من التعليل قوله وقد عمد الى أن يهجم الليل وقد روي عن محمد المتوفى عنها لا بأس أن تغيب عن بيتها أقل من نصف الليل قال الحلواني هذه الرواية صحيحة لان الحرم عليها البيتوتة في غير منزلها والبيتوتة هي الكينونة في جميع الليل نقله في الكافي وقد مر قبله ما ينفي اختيار صحتها

اما المطلقة فلقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج وقيل الزنا ويخرجن لاقامة الحد واما المتوفى عنها زوجها فلانه لا نفقة لها فتحتاج الى الخروج نهارا لطلب المعاش وقد يمتد الى ان يهجم الليل ولا كذلك المطلقة لان النفقة دارة عليها من مال زوجها حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل انها تخرج نهارا وقيل لا تخرج لانها أسقطت حقها فلا يبطل به حق عليها (وعلى المعتدة ان تعتد فى المنزل الذى يضاف اليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت) لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن والبيت المضاف اليها هو البيت الذى تسكنه ولهذا لو زارت أهلها وطلقها زوجها كان عليها ان تعود الى منزلها فتعتد فيه وقال عليه السلام للتى قتل زوجها

وهو قوله لان نفقتها عليها او عسى لا تجد من يكفيها مؤنتها فتحتاج الى الخروج لنفقتها غير أن أمر المعاش يكون بالنهار عادة دون الليالى فأبيح الخروج لها بالنهار دون الليالى انتهى ويعرف من التعليل أيضا انها اذا كان لها قدر كفايتها صارت كالمطلقة فلا يحل لها أن تخرج لزيارة ونحوها ليلا ولا نهارا والحاصل أن مدار الحل كون خروجها بسبب قيام شغل المعيشة فيتقدر بقدره فمتى انقضت حاجتها لا يحل لها بعد ذلك صرف الزمان خارج بيتها (قوله أما المطلقة فلقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الآية) اشتملت على نهى الازواج عن اخراجهن غضبا عليهن وكراهة لمساكنتهن أو لحاجتهم الى المساكن وعلى نهى المطلقات عن الخروج ونهيهن أبلغ لانه أوقع بلفظ الخبر الا أن يأتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج قاله النخعى وبه أخذ أبو حنيفة وقيل الزنا فيخرجن لاقامة الحد عليهن وهو قول ابن مسعود وبه أخذ أبو يوسف وقال ابن عباس الفاحشة نشوزها وأن تكون بذية اللسان على احمائها وقول ابن مسعود أظهر من جهة وضع اللفظ لان الا أن غاية والشئ لا يكون غاية لنفسه وما قاله النخعى أبدع وأعذب فى الكلام كما يقال فى الخطابيات لا تزنى الا أن تكون فاسقا ولا تشتم أمك الا أن تكون قاطع رحم ونحوه وهو بديع بليغ جدا فخرج اظهار عذوبته عن غرضنا (قوله حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل تخرج نهارا) لانها قد تحتاج كالمتوفى عنها وقيل لا يباح لها الخروج لانها هى التى ابطلت النفقة فلا يصح هذا الاختيار فى ابطال حق عليها وبه كان يفتى الصدر الشهيد وصححه فى جامع قاضيخان وهذا كما لو اختلعت على أن لا سكنى لها فان مؤنة السكنى تبطل عن الزوج ويلزمها أن تكترى بيت الزوج وأما أن يحل لها الخروج فلا والحق أن على المفتى أن ينظر فى خصوص الوقائع فان علم فى واقعة عجز هذه المختلعة عن المعيشة ان لم تخرج أفتاها بالحل وان علم قدرتها أفتاها بالحرمة (قوله ولهذا) أى لان البيت المضاف اليها هو الذى تسكنه لو زارت أهلها والزوج معها أولا فطلقها كان عليها ان تعود الى منزلها ذلك فتعتد (قوله وقال صلى الله عليه وسلم) تأييد للاستدلال بالكتاب بأن قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم قد ثبت على وفق ما قلنا انه مدلول الكتاب وهو ما أخرج أصحاب السنن الاربعة عن سعيد بن اسحق بن كعب بن عجرة عن عمته زينب بنت كعب عن فريعة بنت مالك بن سنان وهى أخت أبى سعيد الخدرى انها جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته ان ترجع الى أهلها فى بنى خدرة وان زوجها خرج فى طلب أعبد له أبقوا حتى اذا كان بطرف القدوم لحقهم فقتلوه قالت فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أرجع الى أهلى فان زوجى لم يترك لى مسكنا يملكه ولا نفقة فقالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم قالت فانصرفت حتى اذا كنت فى الحجرة أو فى المسجد نادانى رسول الله صلى الله عليه وسلم أو أمر بى فنوديت له فقال كيف قلت قالت فرددت عليه القصة التى ذكرت له من شأن زوجى قال امكثى فى بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله قالت فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشرا قالت فلما كان عثمان أرسل الى فسألنى عن ذلك فأخبرته فاتبعه انتهى ورواه مالك فى الموطا وابن حبان فى صحيحه وأخرجه الحاكم عن اسحق بن سعيد بن كعب

أما عدم خروج المطلقة فلقوله تعالى واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة) واختلف فى تفسير الفاحشة فقيل هو نفس الخروج قاله إبراهيم النخعى وبه أخذ أبو حنيفة فيكون معناها إلا أن يكون خروجها فاحشة كما يقال لا يسب النبى عليه السلام إلا كافر ولا يزنى أحد إلا أن يكون فاسقا (وقيل هى الزنا ويخرجن لاقامة الحد عليهن) قاله ابن مسعود وبه أخذ أبو يوسف وقال ابن عباس هى نشوزها وان تكون بذية اللسان تبذو على أحماء زوجها وقوله (وأما المتوفى عنها زوجها) واضح وقوله (وقال صلى الله عليه وسلم للتى قتل زوجها) هى فريعة بنت مالك بن أبى سنان اخت أبى سعيد الخدرى لما قتل زوجها جاءت الى

رسول الله صلى الله عليه وسلم استأذنت أن تعتد في بني خدرة لا في بيت زوجها فأذن لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما خرجت دعاها
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها أعيدي المسئلة فاعادت فقال لها لا حتى يبلغ الكتاب أجله يعني لا تخرجي
حتى تنقضي عدتك وفي هذا الحديث دليل على حكمين على أنه يجب عليها أن تعتد في منزل الزوج وعلى أن الخروج في بعض النهار لقضاء حوائجها جائز فانه صلى الله عليه وسلم لم ينكر عليها خروجها للاستفتاء وقوله (والاولى أن يخرج هو ويتركها) لان مكثها في منزل الزوج واجب ومكثه فيه مباح ورعاية الواجب أولى وقوله (وان ضاق عليهما المنزل فلتخرج) يشير الى أن ضيق المنزل من جملة الاعذار فاذا خرجت فالى الزوج تعيين الموضع الذي تنتقل اليه بخلاف المتوفى عنها زوجها اذا خرجت لعذر فان التعيين اليها لاستبدادها في أمر السكنى وقوله (واذا خرجت المرأة مع زوجها الى مكة فطلقها ثلاثا أو مات عنها) هذه المسئلة على وجوه لانه لا يخلو

اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله (وان كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها فاخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت لان هذا انتقال بعذر والعبادات تؤثر فيها الاعذار فصار كما إذا خافت على متاعها أو خافت سقوط المنزل أو كانت فيها بأجر ولا تجد ما تؤديه (ثم ان وقعت الفرقة بطلاق بائن أو ثلاث لا بد من سترة بينهما ثم لا بأس به) لانه معترف بالحرمة الا ان يكون فاسقا يخاف عليها منه فحينئذ تخرج لانه عذر ولا تخرج عما انتقلت اليه والاولى ان يخرج هو ويتركها (وان جعلا بينهما امرأة ثقة تقدر على الحيلولة فحسن وان ضاق عليهما المنزل فلتخرج والاولى خروجه واذا خرجت المرأة مع زوجها الى مكة فطلقها ثلاثا أو مات عنها في غير مصر فان كان بينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام رجعت الى مصرها) لانه ليس بابتداء الخروج معنى بل هو بناء (وان كانت مسيرة ثلاثة أيام ان شاءت رجعت وان شاءت مضت سواء كان معها ولي أو لم يكن)

ابن عجرة حدثتني زينب به قال الحاكم هذا حديث صحيح الاسناد من الوجهين جميعا ولم يخرجاه قال محمد بن يحيى الذهلي هذا حديث صحيح محفوظ وهما اثنان سعيد بن إسحق وهو أشهرهما وإسحق بن سعد بن كعب وقد روى عنهما جميعا يحيى بن سعيد الانصاري وقد ارتفعت عنهما الجهالة انتهى وقول ابن حزم زينب بنت كعب مجهولة لم يرو حديثها غير سعد بن اسحق وهو غير مشهور بالعدالة دفعه ابن القطان بأن الحديث صحيح فان سعيد بن اسحق ثقة وممن وثقه النسائي وزينب كذلك ثقة وقال الترمذي حديث صحيح وفي تصحيحه توثيقهما ولا يضر الثقة ان لا يروى عنه الا واحد وقد قال ابن عبد البر انه حديث مشهور فوجب اعتباره والعمل به وأما ما روى الدارقطني انه صلى الله عليه وسلم أمر المتوفى عنها زوجها ان تعتد حيث شاءت فقال فيه لم يسنده غير أبي مالك النخعي وهو ضعيف وقال ابن القطان ومحبوب بن محرز أيضا ضعيف وعطاء ابن السائب مختلط وأبو بكر بن مالك أضعفهم فلذلك أعله الدارقطني به وذكر الجميع أصوب لاحتمال ان تكون الجناية من غيره انتهى كلامه (قوله وصار كما اذا خافت على متاعها اللصوص الخ) أي فانها تخرج لانه عذر واذا خرجت الى منزل للعذر صار الثاني كالاول فلا تخرج منه الا لعذر وتعيين الموضع الذي تنتقل إليه في عدة الطلاق إلى الزوج وفي عدة الوفاة اليها لانها مستبدة في أمر السكنى حتى ان أجرة المنزل ان كان بأجر عليها وعليها أن تسكن فيه الا أن لا تجد الكراء وتجد ما هو بلا كراء فلها أن تتحول إليه وكذا في الزوج الغائب ولا تخرج المعتدة إلى صحن الدار التي فيها منازل الاجانب لانه كالخروج الى السكة ولهذا يقطع السارق باخراج المتاع إليه فان لم يكن في الدار منازل بل بيوت جاز لها الخروج الى صحنها ولا تصير به خارجة عن الدار وتبيت في أي بيت شاءت منها (قوله ثم لا بد من سترة بينهما) يعني اذا لم يكن للزوج إلا بيت واحد كي لا تقع الخلوة بالاجنبية وكذا هذا في الوفاة اذا كان من ورثته من ليس بمحرم لها ثم لا بأس بالمساكنة بعد اتخاذ الحجاب اكتفاء بالحائل وانما اكتفى به لان الزوج يعتقد الحرمة فلا يقدم على المحرم الا أن يكون فاسقا فحينئذ تخرج لانه عذر والاولى أن يخرج هو وكذا في كل موضع يتحقق عذر يبيح الخروج الاولى أن يخرج هو ولعل المراد انه أرجح فيجب الحكم به كما يقال اذا تعارض محرم ومبيح ترجح المحرم أو فالمحرم أولى ويراد ما قلنا وهذا لانهم عللوا أولوية خروجه بأن مكثها واجب لا مكثه ومتى انتقلت فتعيين المكان اليه كما ذكرنا آنفا (قوله واذا خرجت المرأة مع زوجها الى مكة أو غيرها) المقصود اذا سافر بها فطلقها فاما رجعيا أو بائنا ففي

(قوله وعلى ان الخروج في بعض النهار لقضاء حوائجها جائز الخ) أقول كان المرخص خروجها لطلب المعاش والخروج للسؤال عما يلزمها من أمر دينها غير ذلك فان المذهب ان الزوج يضرب المرأة على الخروج من منزله بلا اذن الا ان احتاجت الى الاستفتاء في حادثة ولم يرض الزوج أن يستفتي لها وهو غير عالم فليتأمل ذكره ابن الهمام في آخر القسم (قوله ورعاية الواجب أولى) أقول بل رعاية الواجب واجب

اماأن يكون بينها و بين مصرها أقل من ثلاثة أيام أو ثلاثة أيام فصاعدا فان كان الاول رجعت الى مصرها سواء كان بينها و بين مقصدها ثلاثة أيام أو دونها اما اذا كان ثلاثة أيام فظاهر لان المضى الى مقصدها يكون سفرا والرجوع لا يكون واما اذا كان أقل منها فلانها كما رجعت صارت مقيمة واذا مضت كانت مسافرة مالم تصل الى المقصد فاذا قدرت على الامتناع من استدامة السفر فى العدة تعين ذلك عليها وان كان الثانى فلا يخلو اما أن يكون بينها و بين المقصد أيضا ثلاثة أيام أو أقل فان كان ثلاثة أيام فهى بالخيار ان شاءت رجعت الى مصرها وان شاءت مضت سواء كان معها ولى أو لم يكن لان المكث فى ذلك المكان أخوف عليها من الخروج لان وضع المسئلة فى الخروج الى مكة وغالب طرقها مفازة ومعطش فلا بد من الخروج قيل و ينبغى أن تختار أقرب الجانبين وهى فى هذه المسئلة كالتى أسلمت فى دار الحرب لها أن تهاجر من غير محرم لانها خائفة على نفسها ودينها فهذه فى المفازة كذلك وقال المصنف (الا أن الرجوع أولى ليكون الاعتداد فى منزل الزوج) وان كان أقل مضت الى مقصدها لانها اذا مضت لا تكون منشئة سفرا ولا سائرة فى العدة مدة السفر وان رجعت كانت منشئة سفرا فلهذا مضت الى مقصدها ولم يذكر المصنف فى الكتاب هذا

الشق اعتمادا على أنه يفهم من الشق الاول لانه اذا كان الجانبان متساويين كانت بالخيار فاذا كان أحدهما أقل تعين وقوله (الا أن يكون طلقها أو مات عنها فى مصر) استثناء من قوله ان شاءت رجعت وان شاءت مضت يعنى أن لها الخيار فى ذلك الا اذا كانت المفارقة فى مصر فليس لها أن تخرج حتى تعتد ثم تخرج ان كان لها محرم عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد ان كان معها محرم فلا بأس بان تخرج من المصر قبل أن تعتد لان نفس الخروج مباح بالاتفاق دفعا لاذى الغربة ووحشة الوحدة وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم واذا ارتفعت الحرمة عاد مباحا وقوله

معناه إذا كان الى المقصد ثلاثة أيام أيضا لان المكث فى ذلك المكان أخوف عليها من الخروج الا ان الرجوع أولى ليكون الاعتداد فى منزل الزوج قال (الا ان يكون طلقها أو مات عنها زوجها فى مصر فانها لا تخرج حتى تعتد ثم تخرج ان كان لها محرم) وهذا عند أبى حنيفة (وقال أبو يوسف ومحمد ان كان معها محرم فلا بأس بأن تخرج من المصر قبل ان تعتد) لهما ان نفس الخروج مباح دفعا لاذى الغربة و وحشة الوحدة فهذا عذر وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم وله ان العدة امنع من الخروج من عدم المحرم فان للمرأة ان تخرج الى مادون السفر بغير محرم وليس للمعتدة ذلك فلما حرم عليها الخروج الى السفر بغير المحرم ففى العدة أولى

الرجعى تتبع زوجها حيث مضى لان النكاح قائم وان كان بائنا أو مات عنها وبينها و بين كل من مصرها ومقصدها أقل من السفر فان شاءت مضت الى المقصد وان شاءت رجعت سواء كانت فى مصر أو لا معها محرم أو لا لانه ليس فى ذلك انشاء سفر وخروج المطلقة والمتوفى عنها زوجها مادون السفر مباح اذا مست الحاجة اليه بمحرم و بغيره الا أن الرجوع أولى ليكون الاعتداد فى منزل الزوج كذا فى الدراية واطلاق المصنف يقتضى انه اذا كان بينها و بين مصرها أقل من مدة السفر رجعت سواء كان بينها و بين مقصدها سفر أو دونه أما ان كان مدة سفر فظاهر لان المضى الى مقصدها سفر والرجوع ليس بسفر وأما ان كان مادونها فترجع أيضا لانها كما رجعت تصير مقيمة واذا مضت تكون مسافرة مالم تصل الى المقصد فاذا قدرت على الامتناع عن استدامة السفر فى العدة تعين عليها ذلك كذا فى النهاية وهو أوجه (قوله ومعناه اذا كان الى المقصد ثلاثة أيام) فصاعدا فاذا كان دونها الى المقصد لا تتخير بل يتعين عليها الذهاب الى المقصد (قوله الا أن يكون) استثناء من قوله ان شاءت رجعت وان شاءت مضت أى فى جميع الاحوال الا فى حال يكون طلقها أو مات عنها فى مصر فانها لا تتخير بل يتعين عليها أن تعتد فيه عند أبى حنيفة سواء كان معها محرم أو لا وحاصل وجوه المسئلة اما أن يكون بينها و بين مصرها ومقصدها أقل من السفر فتتخير والاولى الرجوع على ما فى الكافى وعلى

(وهذا عذر) اشارة الى نكتة أخرى هى أن التربص على المعتدة فى منزلها وان كان واجبا لكن يجوز لها الانتقال بعذر كانهدام المنزل وغيره وأذى الغربة ووحشة الوحدة عذر فيجوز لها الانتقال نظرا الى وجود المقتضى وانتفاء المانع وهو ارتفاع التحريم الحاصل للسفر بوجود المحرم ولابى حنيفة ان العدة امنع من الخروج من عدم المحرم لما ذكره فى الكتاب وهو واضح

(قوله واذا مضت كانت مسافرة) أقول فى الاغلب ز والا فيجوز أن لا يكون بين مصرها ومكة مدة السفر فالاولى أن يعلل بما يشمل تلك الصورة (قوله لان نفس الخروج مباح بالاتفاق) أقول فيما اذا كان فى مصر وكان بينها و بين مصرها أقل من مدة السفر الا ان الامام أبا حنيفة رحمه الله يقول هو بناء على الخروج الاول لانه انشاء للخروج وفيما نحن فيه تكون منشئة للسفر فتدبر (قوله وقوله وهذا عذر اشارة الى نكتة أخرى الخ) أقول يعنى سلمنا انه ليس بمباح لكنه يرخص لها بعذر فان قيل المباح فى كلام المصنف حينئذ بمعنى المرخص بعذر فلا فرق بين النكتتين لاتحادهما معنى قلنا لا نسلم انه بمعنى المرخص فانه اذا كان بينها و بين مصرها أقل من مدة السفر و كانت فى مصر يباح لها أن تخرج وترجع الى مصرها فتحمل الاولى ذلك فتأمل

لما ذكر أنواع المعتدات من ذوات الاقراء والاشهر والاحمال ذكر ما يلزم من اعتداد أولات الاحمال وهو ثبوت النسب في هذا الباب (ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت لستة أشهر من يوم تزوجها) أي من وقت تزوجها لان اليوم قرن بفعل غير ممتد فيكون بمعنى الوقت يعني من غير زيادة ولا نقصان (فهو ابنه وعليه المهر اما النسب فلانها فراشه لانها جاءت

بالولد لستة أشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق لان الطلاق مشروط بالنكاح المشروط يعقب الشرط بلا زمان وان لطف فيكون العلوق قبله) أي قبل الطلاق

﴿ باب ثبوت النسب ﴾

قال المصنف (ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق الخ) أقول وفي الوقاية من قال لها ان نكحتها فهي طالق فنكحها فولدت لنصف سنة منذ نكحها لزمه نسبه ومهرها اه وقال العلامة صدر الشريعة في تعليلها لانه لا يبعد ان الزوج والزوجة وكلا بالنكاح فالوكيلان انكحاها في ليلة معينة والزوج وطئها في تلك الليلة ووجد العلوق ولا يعلم ان النكاح مقدم على العلوق أو مؤخر فلا بد من الحمل على المقارنة على ان الزوج ان علم انه لم يكن على هذه الصفة وانه لم يطأها في تلك الليلة فهو قادر على اللعان فلما لم ينف الولد باللعان فليس علينا نفيه عن الفراش مع تحقق الامكان اه وفيه بحث وكيف يقدر واللعان لا يتم به ثم من شرائط اللعان قيام الزوجية وهي مطلقة عقيب النكاح (قوله قرن بفعل غير ممتد) أقول يعني التزوج (قوله فهو ابنه) أقول كان الظاهر فهو ولده ولعل ذكر الابن على سبيل التفاؤل

﴿ باب ثبوت النسب ﴾

(ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت ولدا لستة أشهر من يوم تزوجها فهو ابنه وعليه المهر) اما النسب فلانها فراشه لانها جاءت بالولد لستة أشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق فكان العلوق قبله

ما في النهاية وغيرها يتعين الرجوع أو كان أحدهما سفرا والآخر دونه فتختار ما دونه لانها باختيار مقابله منشئة سفرا دون اختياره فان كان كل منهما سفرا فلا يخلو من أن تكون في مفازة أو مصر فان كانت في مفازة فان شاءت مضت وان شاءت رجعت بمحرم أولا لان ما يخاف عليها في ذلك المكان أشد مما يخاف عليها في الخروج والاولى أن تختار الرجوع لما قلنا وان كانت في مصر لم تخرج بغير محرم لان ما يخاف في السفر بغير محرم أعظم مما يخاف عليها في المصر فكان المكث في المصر أولى بخلاف المفازة فان كان معها محرم لم تخرج عند أبي حنيفة في العدة وقالا تخرج وهو قول أبي حنيفة أولا وقوله الآخر أظهرهما انها في غير منزلها فلها أن تخرج بمحرم كما لو كانت في غير المصر وهذا لان أصل الخروج مطلق لها اجماعا لما يلحقها من ضرر الغربة ووحشة الانفراد ومتى قلنا لها أن تخرج الى ما دون السفر بلا محرم فاذا بطل معنى السفر بالمحرم بقي مجرد الخروج وهو مطلق لمكان الغربة اذ الغريب يؤذى ويهان فأشبه المفازة وله ان تأثير العدة في المنع من الخروج أقوى من تأثير عدم المحرم في المنع من السفر فالعدة أولى وما دون السفر انما أبيح مع قيام العدة باعتبار انه ليس بخروج لانه بناء على الخروج الاول لا لان أصل الخروج مباح وهي هنا منشئة للخروج باعتبار السفر فيتناوله التحريم واذا تناوله لم يسقط بالمحرم لانه لا يرتفع به حرمة الخروج بسبب العدة وفي البدائع لو كانت الجهتان مدة سفر فضت أو رجعت وبلغت أدنى المواضع التي تصلح للاقامة أقامت فيه واعتدت ان لم تجد محرما بلا خلاف وكذا ان وجدت عند أبي حنيفة ومثله في المحيط وفيه البدوي طلق امرأته فأراد نقلها الى مكان آخر في الكلا والماء فان لم تتضرر بتركها في ذلك الموضع في نفسها أو مالها ليس له ذلك وان تضررت فله ذلك اذ الضرورات تبيح المحظورات والله سبحانه أعلم

﴿ باب ثبوت النسب ﴾

أعقبه العدة لان مما وجبت له العدة تعرف حال الرحم من الحمل فيثبت نسبه وتثبت مواجبه وعدمه فينصرف كل عن الآخر في الحال أي في حال معرفة عدم الحمل على وجه الاحتياط وذلك عند تمام العدة (**قوله** ومن قال ان تزوجت فلانة أو امرأة فهي طالق فتزوج فجاءت بولد لستة أشهر من يوم تزوجها) لا أقل ولا أكثر (فهو ابنه وعليه المهر) يريد من وقت تزوجها لانه قرن اليوم بفعل لا يمتد وقد نبه المصنف على هذه الارادة لانه لما علل ثبوت نسبه بانها فراشه قال في اثبات كونها فراشا لانها لما جاءت به لستة أشهر من وقت النكاح ولم يقل من يوم النكاح فأفاد ان المراد بلفظ اليوم الوقت وهذا لان الطلاق جزاء الشرط فيتأخر عنه لا بزمان وان لطف كما قيل لانه لا يتخلل بينهما آن خال بل أول آنات تعقب وجود الشرط يثبت فيه الجزاء من غير افتقار الى تحقق زمان يسع التلفظ بانت طالق كما

حققناه

(فى حالة النكاح) فان قيل هذا النكاح لا يتصور فيه الوطء والاعلاق لانه كما تزوج وقع الطلاق وبدون ذلك لا يثبت النسب ألا ترى ان نسب ولد جاءت به امرأة الصبى لا يثبت لذلك أجاب بقوله والتصور ثابت بأن يجعل كأنه تزوجها وهو على بطنها يخالطها والناس يسمعون كلامهما فيكون الانزال قد وافق تمام النكاح مقارنا للطلاق لان الطلاق لا يقع الا بعد تمام الشرط وزوال الفراش حكم الطلاق فيكون العلوق حاصلا قبل زوال الفراش ضرورة فيثبت النسب فان قيل هذا فى غاية الندرة فكيف يبنى عليه الحكم أجاب بقوله (والنسب يحتاط فى اثباته) يعنى وان كان نادرا لكن النسب

يحتاط فى اثباته فيجب بناؤه على هذا النادر هذا إذا جاءت به لستة أشهر من غير زيادة ولا نقصان واما اذا ولدت لاقل منها فلا يثبت النسب لان علوقه كان سابقا على النكاح قبل ثبوت الفراش فلا يكون منه وكذلك ان ولدت لاكثر منها لانه حين طلقت حكمنا بانه لا عدة لها لانها مطلقة قبل الدخول والخلوة ولم يتيقن بطلان هذا الحكم لاحتمال انه علق من زوج آخر بعد الطلاق بخلاف ما اذا جاءت به لستة أشهر من وقت التزوج فقد جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر من وقت الطلاق فتيقنا بقيام الولد فى البطن وقت الطلاق فبعد ذلك اما أن يكون منه أو من غيره فجعلنا العلوق منه احتياطا لامر النسب اذ لو جعلناه من علوق قبل النكاح من زوج آخر وذلك الزوج ليس بمعلوم كان فيه اضاعة الولد وابطال النكاح الجائز والطلاق الواقع من حيث الظاهر واحالة الولد الى أبعد الاوقات وذلك لا يجوز فجعلناه منه واما المهر فلما ذكره فى الكتاب وهو واضح وفى رواية عن أبى يوسف وهو القياس يلزمه مهر ونصف مهر أما النصف فللطلاق قبل الدخول واما المهر فبالدخول

فى حالة النكاح والتصور ثابت بأن تزوجها وهو يخالطها فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط فى اثباته وأما المهر فلانه لما ثبت النسب منه جعل واطئا حكما فتأكد المهر به

حققناه فى الطلاق لانه ثبوت حكمى واذن فيكون العلوق مقارنا للنكاح فيثبت النسب وتصور العلوق مقارنا للنكاح ثابت بأن تزوجها وهو يخالطها وطأ وسمع الناس كلامهما فوافق الانزال النكاح والاحسن تجويز أنهما وكلا به فباشر الوكيل وهما كذلك فوافق عقده الانزال وحاصله ان الثبوت يتوقف على الفراش وهو يثبت مقارنا للنكاح المقارن للعلوق فتعلق وهى فراش فيثبت نسبه وقد يقال الفراشية أثر النكاح أعنى العقد فيتعقبه فيلزم سبق العلوق على الفراش نعم اذا فسر الفراش بالعقد كما عن الكرخى وهو يخالف تفسيرهم السابق له فى فصل المحرمات بكون المرأة بحيث يثبت نسب الولد منها إذا جاءت به فان هذا الكون انما يثبت بعد العقد الا ان قلنا ان العلة مع المعلول فى الخارج وكلامهم ليس عليه وتقرير قاضيخان ان العلوق يكون بعد تمام النكاح مقارنا للطلاق قبل الدخول فيكون حاصلا قبل زوال الفراش فيثبت النسب يعنى ان زوال الفراش بعد الطلاق قبل الدخول لا معه لان زواله أثره لا يقال مقتضاه ان تكون جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت النكاح اذ لابد من كون مدة الحمل ستة أشهر وقد عينوا الثبوت نسبه أن لا يكون أكثر من ستة أشهر من النكاح ولا أقل لانا نقول انما لم يثبتوه فى الاقل لان العلوق حينئذ من زوج آخر قبل النكاح وأما فى الزيادة فلاحتمال حدوثه بعد الطلاق وهو منتف هنا لانه لم يزد على ما بعد الطلاق بما يسع وطأ بالفرض فيجب استثناء هذا القدر ويجب تقديره كذلك ولا يخفى ان نفيهم النسب فيما اذا جاءت به لاكثر من ستة أشهر فى مدة يتصور أن يكون منه وهو سنتان ولا موجب للصرف عنه ينافى الاحتياط فى اثباته واحتمال كونه حدث بعد الطلاق فيما اذا جاءت به لستة أشهر ويوم فى غاية البعد فان العادة المستمرة كون الحمل أكثر منها وربما تمضى دهور لم يسمع فيها ولادة لستة أشهر فكان الظاهر عدم حدوثه وحدوثه احتمال فأى احتياط فى اثبات النسب اذا نفيناه لاحتمال ضعيف يقتضى نفيه وتركنا ظاهرا يقتضى ثبوته وليت شعرى أى الاحتمالين أبعد الاحتمال الذى فرضوه لتصور العلوق منه ليثبتوا النسب وهو كونه تزوجها وهو يطؤها وسمع كلامهما الناس وهما على تلك الحالة ثم وافق الانزال العقد أو احتمال كون الحمل اذا زاد على ستة أشهر بيوم يكون من غيره ولاستبعاد هذا الفرض قال بعض المشايخ لا يحتاج الى هذا التكلف بل قيام الفراش كاف ولا يعتبر امكان الدخول بل النكاح قائم مقامه كما فى تزوج المشرقى بمغربية والحق أن التصور شرط ولذا لو جاءت امرأة الصبى بولد لا يثبت نسبه والتصور ثابت فى المغربية لثبوت كرامات الاولياء والاستخدامات فيكون صاحب خطوة أو جنى وأما لزوم المهر كاملا فلانه لثبوت النسب منه جعل واطئا حكما فعليه المهر وما قيل لا يلزم من ثبوت النسب منه وطؤه لان الحبل قد يكون بادخال

(قوله وبدون ذلك لا يثبت النسب) أقول أشار بقوله ذلك الى الوطء (قوله وأما اذا ولدت لاقل منها فلا يثبت النسب الى قوله ولم يتيقن ببطلان هذا الحكم الخ) أقول وأنت خبير بان تعيين وقت الطلاق وتمييزه من وقت النكاح سيما بعد شهور وليس بينهما الا زمان قليل يعسر على حذاق المؤقتين بل يتعذر فليتدبر (قوله والطلاق الواقع من حيث الظاهر الخ) أقول فانه كان مبنيا على النكاح فاذا بطل بطل

وقوله (و يثبت نسب ولد المطلقة الرجعية) ظاهر وقوله (و يحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك) قيل عليه ينبغي أن يصير مراجعا لان الوطء ههنا حلال فأحيل العلوق الى أقرب الاوقات وهى حالة العدة فتثبت به المراجعة وأجيب بان فى ذلك حمل أمره على خلاف السنة لانه يصير مراجعا لها بدون الاشهاد بالفعل وأحيل العلوق الى ماقبل الطلاق صيانة لحاله وفيه نظر لانه لايصح حينئذ قوله فلا يصير مراجعا بالشك وانما يجب أن يقول لا يصير مراجعا لدلالة الدليل على كون الوطء قبل الطلاق وقوله (لان العلوق بعد الطلاق) اذ الولد لا يبقى فى بطن أمه أكثر من سنتين والظاهر انه منه والا لزم الزنا وهو منتف حملا لحالها على الصلاح قيل لا يلزم أنه لو لم يكن منه كان من الزنا لجواز انها تزوجت بعد انقضاء العدة زوجا آخر لا يقال الفرض فيما اذا لم تتزوج لانا نقول الفرض انه لم يطأها فى العدة اذ لو وطئها لثبتت الرجعة من غير تقدير هذا التكلف وأجيب بانه نعم كذلك الا أن الحكم بابقاء نكاح الاول عند الاحتمال أسهل من الحكم بانشاء نكاح آخر فيجب القول به قال فى النهاية والى هذا أشار فخر الاسلام فى مبسوطه وفيه نظر لانه غير دافع بل هو التزام للسؤال والصواب فى الجواب أن المراد بقوله لانتفاء الزنا منها لازمه وهو تضييع الولد فان الزنا ملزوم تضييع الولد فيكون ذكر الملزوم وارادة اللازم وهو مجاز وحينئذ يندفع السؤال لانا اذا جعلنا الولد من نكاح شخص آخر مجهول بقى الولد ضائعا فكأنه قال لانتفاء التضييع منها بالزنا أو بما هو فى معناه

(و يثبت نسب ولد المطلقة الرجعية إذا جاءت به لسنتين أو أكثر مالم تقر بانقضاء عدتها) لاحتمال العلوق فى حالة العدة لجواز انها تكون ممتدة الطهر (وان جاءت به لاقل من سنتين بانت من زوجها بانقضاء العدة) وثبت نسبه لوجود العلوق فى النكاح أو فى العدة فلا يصير مراجعا لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق و يحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك (وان جاءت به لاكثر من سنتين كانت رجعة) لان العلوق بعد الطلاق والظاهر انه منه لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطء مراجعا

الماء الفرج دون جماع فنادر والوجه الظاهر هو المعتاد وفى النهاية وفى القياس وهو رواية أبى يوسف مهر ونصف أما النصف فللطلاق قبل الدخول وأما المهر فللدخول انتهى وعبارة أبى يوسف فى الامالى على مانقله الفقيه أبو الليث ينبغى فى القياس أن يجب على الزوج مهر ونصف لانه قد وقع الطلاق عليها فوجب نصف المهر ومهر آخر بالدخول قال الا أن أبا حنيفة استحسن وقال لا يجب الا مهر واحد لانا جعلناه بمنزلة الدخول من طريق الحكم فتأكد ذلك الصداق واشتبه وجوب الزيادة انتهى وهذه العبارة للتأمل لا توجب قوله بلزوم مهر ونصف بل ظاهرة فى نفيه ذلك لان الاستحسان مقدم على القياس فلا تسوغ الرواية عنه بذلك وانما اشتبه وجوب الزيادة لانها مبنية على وقوع الطلاق قبل الدخول ولا يحكم بذلك والا لم يثبت النسب لان الوطء حينئذ فى غير عصمة ولا عدة بل يحكم بأنه مقارن له أو للنكاح فأقل الامر كونه قبله أو لا مشتبه ذلك وضميربه فى قوله فتأكد المهر به لثبوت النسب واعلم انه اذا كان الاصح فى ثبوت هذا النسب امكان الدخول وتصوره ليس الا بما ذكر من تزوجها حال وطئها المبتدأ به قبل التزوج وقد حكم فيه بمهر واحد فى صريح الرواية يلزم كون ما ذكر مطلقا ومنسوبا وقدمناه فى باب المهر من أنه لو تزوجها فى حال ما يطؤها عليه مهران مهر بالزنا لسقوط الحد بالتزوج قبل تمامه ومهر بالنكاح لان هذا أكثر من الخلوة ولا يصير به محصنا مشكلا لمخالفته لصريح المذهب وأيضا الفعل واحد وقد اتصف بشبهة الحل فيجب مهر واحد به بخلاف ما لو قال ان تزوجتها فهى طالق ونوى فتزوجها ووطئها حيث يجب مهر ونصف لان الطلاق قبل الوطء أما ههنا الطلاق مع الوطء الحلال فى فعل متحد فصار الفعل كله له شبهة الحل وقد وجب المهر فلا يجب غيره وفى شرح أبى اليسر قال ان تزوجتها فهى طالق ثلاثا فتزوجها ودخل بها ينبغى أن لا يجب عليهما الحد و يجب مهر المثل وقالوا يجب عليهما قال قد كنت أفتيت بالوجوب على الحالف وهو الظاهر من مذهب أصحابنا ومن مال اليه لم يكن مخطئا ولو جاءت بولد ورثه منصوص عن أصحابنا وان حرمت عليه بالثلاث فلم يبق بنكاح ولا عدة ولكن لما كان فصلا مجتهدا فيه لم ينقطع النسب (قوله و يثبت نسب ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت به لسنتين أو أكثر) ولو عشرين سنة أو أكثر (مالم تقر بانقضاء عدتها) فان أقرت بانقضائها والمدة تحتمله بان تكون ستين يوما على قول أبى حنيفة وتسعة وثلاثين يوما على قولهما ثم جاءت بولد لا يثبت نسبه الا اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار فانه يثبت نسبه للتيقن

(قوله وفيه نظر لانه لا يصح الخ) أقول الظاهر ان حاصل كلام المجيب دفع التعارض بين مقتضى بقيام الاحالة الى أقرب الاوقات وأبعدها فأورث التردد والشك فان الاشهاد فى المراجعة مستحب لئلا يقع التناكر وليس من السنن التى يستحق تاركها حرمان الشفاعة فلا يتعين به الاحالة الى الابعد فليتأمل (قوله لانا نقول الفرض انه لم يطأها فى العدة اذ لو وطئها لثبتت الرجعة الخ) أقول الازدواج لا يكون الا بشهود فيكون أمره معلوما مشهورا بخلاف الوطء لانه يخفى و يسر فلا يعلم الا بدليله فليتأمل (قوله وفيه نظر الى قوله بل هو التزام للسؤال) أقول لان تمام الدليل احتاج الى مقدمة أجنبية

(والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لأقل من سنتين) لانه يحتمل ان يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطا (فان جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت) لان الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لان وطأها حرام قال (الا ان يدعيه) لانه التزمه وله وجه بأن وطئها بشبهة فى العدة

بقيام الحمل وقت الاقرار فيظهر كذبها وكذا هذا فى المطلقة البائنة والمتوفى عنها زوجها اذا ادعت بعد أربعة أشهر وعشر انقضاءها ثم جاءت بولد لتمام ستة أشهر لا يثبت نسبه من الميت وان جاءت به لاقل منها ثبت نسبه منه أما ثبوت نسب ولد الرجعية اذا جاءت به لاقل من سنتين فظاهر وأما ثبوته اذا جاءت به لاكثر منهما فلاحتمال العلوق فى عدة الرجعى لانتفاء الحكم بزناها أو بوطئها بشبهة لجواز كونها ممتدة الطهر بان امتد الى ماقبل سنتين من مجيئها به أو أقل ثم وطئها فحبلت وعن هذا حكمنا بأنها اذا جاءت به لاكثر من سنتين تكون زوجة بالرجعة الكائنة بالوطء فى العدة للمطلقة الرجعية بخلاف مااذا جاءت به لاقل من سنتين لاتثبت رجعتها فان العلوق يحتمل انه كان فى العصمة كما يحتمل انه كان فى العدة واحالة الحادث الى أقرب الاوقات اذا لم يعارضه ظاهر آخر والظاهر الوطء فى العصمة لا العدة لانه هو المعتاد وماقضت به العادة أرجح من اضافة الحادث الى الزمن القريب مع مافيه من مخالفة السنة فى الرجعة ومخالفة العادة أيضا فيها اذ معتاد الناس فى الرجعة أن يراجعوا باللفظ فان قيل هنا احتمال آخر وهو كونها تزوجت وجاءت به من الزوج الآخر قلنا الفرض انها لم تكن أقرت بانقضاء العدة ومالم تقر بذلك ومالم يظهر تزوجها فالظاهر انها فى العدة ولان فيه انشاء نكاح وابقاء الاول أسهل وأخف (قوله والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين) لانه يجوز كون الحمل كان قبل الطلاق فيثبت النسب (وان جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت) نسبه لتيقن العلوق بعد البينونة ووطؤه بعد البينونة حرام قيل ان هذه الرواية مخالفة لرواية الايضاح وشرح الطحاوى والاقطع والرواية التى تجىء بعد هذا فى الكتاب أيضا وهى قوله وأكثر مدة الحمل سنتان فان فيها ألحقت السنتان بأقل من السنتين حتى انهم أثبتوا النسب اذا جاءت به لتمام سنتين وان لفظ الحديث يؤيد صحة تلك الروايات فأما قوله ان لفظ الحديث الى آخره فليس بصحيح لان حاصله انه لايمكث الولد فى البطن أكثر من سنتين وهذا لايقتضى انها اذا جاءت به لتمام سنتين من الطلاق أن يثبت نسبه الا اذا كان العلوق حال قيام الفراش والوجه أن يحمل على تقرير قاضيخان المتقدم من انه يجعل العلوق فى حال الطلاق لانه حينئذ قبل زوال الفراش (قوله الا أن يدعيه) استثناء من قوله لم يثبت نسبه وهو مفرغ للمتعلق أى لم يثبت فى حال من الاحوال الا فى الحال التى هى دعواه لانه التزمه وله وجه وهو كونه وطئها بشبهة فى العدة وهل يشترط تصديق المرأة فيه روايتان والاوجه انه لايشترط لانه ممكن منه وقد ادعاه ولا معارض ولهذا لم يذكر الاشتراط فى رواية الامام السرخسى فى المبسوط والبيهقى فى الشامل وذلك ظاهر فى ضعفها وغرابتها واعترض بان هذه مناقضة لما فى كتاب الحدود من ان النسب لايثبت من المبانة بالوطء فى العدة ونص فى التبيين ان المبتوتة بالثلاث اذا وطئها الزوج بشبهة كانت شبهة الفعل وفيها لايثبت النسب وان ادعاه نص عليه فى كتاب الحدود وأجيب بحمل المذكور هنالك على المطلقة ثلاثا والمطلقة على مال وبحمل المذكور هنا على المبتوتة بالكنايات فيندفع التناقض وليس بشئ لان المراد من المذكور هنالك اذا لم يدع شبهة والمذكور هنا محمول على كونه وطأ بشبهة والمعتدة عن ثلاث لاتكون أبعد من الاجنبية بالكلية والنسب يثبت بوطئها بشبهة فكيف بالمعتدة فيجب الجمع مثلا بان يقال ينبغى أن يصرح بدعوى الشبهة المقبولة غير مجرد شبهة الفعل لان المذكور فى الحدود عدم ثبوت النسب اذا وطئ المطلقة ثلاثا والبائنة بالطلاق على مال فجعل هذا

قال (والمبتوتة يثبت نسب ولدها منه) اذا ولدت المبتوتة لاقل من سنتين يثبت نسب ولدها منه لاحتمال أن يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطا وان ولدت لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق والا لزاد أكثر مدة الحمل على سنتين وهو باطل (فلا يكون منه لان وطأها حرام) وقوله (الا أن يدعيه) استثناء من قوله لم يثبت يعنى انه ان ادعاه يثبت النسب منه وان جاءت به لاكثر من سنتين ثم هل يحتاج فيه الى تصديق المرأة فيه روايتان وقوله (لانه التزمه) أى التزم النسب عند دعواه (وله وجه شرعى بان وطئها بشبهة فى العدة) والنسب يحتاط فى اثباته فيثبت

قال المصنف (لان وطأها حرام) أقول والظاهر من حال المسلم أن لايرتكب الحرام

(فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة أشهر لم يلزمه حتى تأتي به لاقل من تسعة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رضي الله تعالى عنه يثبت منه النسب الى سنتين لانها معتدة يحتمل أن تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فأشبهت الكبيرة) وبيان الاحتمال ما قيل ان الكلام في المراهقة المدخول بها وهي تحتمل الحبل ساعة فساعة فيحتمل أن تكون حاملا وقت الطلاق فيكون انقضاء عدتها بوضع الحمل ويحتمل انها حملت بعد انقضاء العدة بثلاثة أشهر واذا كان كذلك كانت كالبالغة اذا لم تقر بانقضاء العدة يثبت نسب ولدها الى سنتين وانما قال ولم تقر بانقضاء العدة لانها اذا أقرت بانقضاء العدة بثلاثة أشهر ثم جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار يثبت النسب لظهور بطلان اقرارها فصارت كأنها لم تقر بانقضائها فيثبت النسب (ولهما ان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهي الاشهر) لانا عرفناها صغيرة بيقين وما عرف كذلك لا يحكم بزواله بالاحتمال (فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء) أقرت به أو لم تقر (وهو) أي حكم الشرع (في الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله) فلو أقرت بانقضاء العدة ثم ولدت لستة أشهر لم يثبت النسب فكذا اذا حكم الشرع بالمضي واعترض بالكبيرة المتوفى عنها زوجها فان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهي مضي أربعة أشهر وعشر ما لم يكن الحبل ظاهرا ثم هنالك يثبت النسب الى سنتين عند علمائنا الثلاثة ولا يحكم بالانقضاء بالاشهر هنالك لاحتمال الانقضاء بالوضع فما بال ما نحن فيه لم يكن كذلك والجواب سيأتي عند قوله الا أنا نقول لانقضاء عدتها جهة أخرى

(فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة أشهر لم يلزمه حتى تأتي به لاقل من تسعة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف يثبت النسب منه الى سنتين) لانها معتدة يحتمل أن تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فأشبهت الكبيرة ولهما ان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهو الاشهر فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله

حكم وطء المطلقة ثلاثا اذا جاءت به مطلقا فيثبت عنده فيجب أن لا ينتقل عنه الا اذا ادعى الشبهة التي هي غير مجرد ظن الحل والمذكور في الكتاب لم يشترط ذلك بل أفاد ثبوت نسبه بمجرد دعواه غير أن توجيه ذلك امكان صحته بكون الوطء بشبهة والوجه انه لا يشترط غير دعواه لانه لم يشترط في الكتاب سواه ثم يحمل على ثبوت الشبهة التي هي غير مجرد ظن الحل ثم اذا لم يثبت نسبه فيما اذا جاءت به لاكثر من سنتين يحكم بانقضاء عدتها قبل ولادتها بستة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد وهو رواية بشر عن أبي يوسف فيجب أن ترد نفقته بستة أشهر وقال أبو يوسف لا تنقضي الا بوضع الحمل وقد ذكرناه ولا يلزمها رد شئ لهما ان الولد من غيره والظاهر انه من نكاح صحيح دون الزنا والوطء بشبهة وأقل مدة الحمل ستة أشهر فحكمنا بانقضاء العدة من ذلك الوقت وحينئذ أخذت ما لا تستحقه لانها منقضية العدة فترده وأبو يوسف يقول هي في العدة ولذا لا تتزوج بغيره قبل وضعه فكأنها وطئت بشبهة ولو جاءت المبتوتة بولدين أحدهما لاقل من سنتين والآخر لاكثر من سنتين ثبت نسبهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف اعتبارا بمن باع جارية فجاءت بولدين أحدهما لاقل من ستة أشهر والآخر لاكثر فادعاهما البائع يثبت نسبهما وينقض البيع وعند محمد لا يثبت لان الثاني من علوق حادث بعد الابانة فيتبعه الاول لانهما توأمان قيل هو الصواب وليس ولد الجارية نظيره لان الولد الثاني يجوز كونه حدث على ملك البائع قبل بيعه بخلاف الولد الثاني في المبتوتة ولو خرج بعضه لاقل من سنتين وباقيه لاكثر من السنتين لا يلزمه حتى يكون الخارج لاقل من سنتين نصف بدنه أو يخرج من قبل الرجلين أكثر البدن لاقل والباقي لاكثر ذكره محمد وفي شرح التكملة تزوج أمة ودخل بها ثم طلقها واحدة يلزمه ولدها ان جاءت به لاقل من ستة أشهر ولا يلزمه ان جاءت به لستة أشهر فصاعدا لانه ولد النكاح في الاول وفي الثاني يضاف الى ملك اليمين لان وطأها حلال ولا يلزمه الا بالدعوة ولا فرق بين أن تكون الطلقة بائنة أو رجعية وان طلقها ثنتين ثبت نسبه الى سنتين لان وطأها لا يحل بملك اليمين فكان الولد من النكاح ولا يخفى ان معنى المسئلة طلقها ثم ملكها وان لا تصور وطؤها بملك اليمين واعلم ان ثبوت النسب فيما ذكر من ولد المطلقة الرجعية والبائنة مقيد بأحد أمور أن يكون هنالك اما شهادة بالولادة أو اعتراف من الزوج بالحبل أو حبل ظاهر كما سيجئ عن قريب (قوله فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها الخ) قيل هو مستدرك لان الحبل دليل انه يجامع مثلها ومنعه ليس بشئ لانه ان كان باعتبار ان الحبل يكون بالجماع فلا شك

قال المصنف (فان كانت المبتوتة صغيرة) أقول وفي البيت لاقل منهما والا لا لحدوثه الا بادعائه حملا على انه وطئه في العدة الا في المطلقة ثلاثا والمختلعة اذ لا شبهة في المحل كذا في لطائف الاشارات لابن قاضي سماونة تأمل في هذه العبارة فانها غير ما ذكره المصنف (قوله وانما قال ولم تقر بانقضاء العدة لانها اذا أقرت الخ) أقول فيه شئ بل الظاهر أن يقول انما قال ولم تقر لانها لو أقرت بانقضاء العدة بالاشهر ثم جاءت بولد لتسعة أشهر من وقت الطلاق لم يلزمه بالاتفاق قال المصنف (ولهما ان لانقضاء عدتها جهة متعينة) أقول بخلاف الكبيرة فان لانقضاء عدتها جهة أخرى كما يجئ

وان كانت مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما وعنده يثبت الى سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل واطئا في آخر العدة وهى الثلاثة الاشهر ثم تأتى به لاكثر مدة الحمل وهو سنتان وان كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء لان باقرارها يحكم ببلوغها (ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين السنتين) وقال زفر اذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة أشهر لا يثبت النسب لان الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين الجهة فصار كما اذا أقرت بالانقضاء كما بينا في الصغيرة الا أنا نقول لانقضاء عدتها جهة أخرى وهو وضع الحمل بخلاف الصغيرة لان الاصل فيها عدم الحمل لانها ليست بمحل قبل البلوغ وفيه شك (واذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر يثبت نسبه) لانه ظهر كذبها بيقين فبطل الاقرار (وان جاءت به لستة أشهر لم يثبت) لانا لم نعلم ببطلان الاقرار لاحتمال الحدوث بعده

انه لا يكون الا بالبلوغ وبعيد أن لا تحتمل البالغة الجماع وحاصل المسئلة ان الصغيرة اذا طلقت فاما قبل الدخول أو بعده فان كان قبله فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر ثبت نسبه للتيقن بقيامه قبل الطلاق وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر لا يثبت لان الفرض أن لا عدة عليها وما جاءت به لا يستلزم كونه قبل الطلاق لتلزم العدة بناء على الحكم بالدخول للحكم بالعلوق قبل الطلاق وان طلقها بعد الدخول فاما ان أقرت بانقضاء العدة بعد ثلاثة أشهر أو لم تقر فان أقرت ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار ثبت نسبه وان جاءت به لستة أشهر أو أكثر لم يثبت النسب لانقضاء العدة باقرارها وما جاءت به لا يلزم كونه قبلها المتيقن بكذبها وان لم تقر بانقضائها ولم تدع حبلا فعند أبي حنيفة ومحمد ان جاءت به لاقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق ثبت نسبه والا فلا وعند أبي يوسف يثبت الى سنتين في الطلاق البائن والى سبعة وعشرين شهرا في الرجعي لاحتمال انه وطئها في آخر عدتها الثلاثة الاشهر فعلقت سنتين وان كانت ادعت حبلا فهى كالكبيرة من حيث انها لا يقتصر انقضاء عدتها على أقل من تسعة أشهر لا مطلقا فان الكبيرة يثبت نسب ولدها في الطلاق الرجعي لاكثر من سنتين وان طال الى سن الاياس لجواز امتداد طهرها ووطئه إياها في آخر الطهر وجه قول أبي يوسف انها يحتمل كونها حاملا لفرض انها في سن يجوز فيه بلوغها لانه فرض المسئلة ولم تقر بانقضاء عدتها فأشبهت الكبيرة في احتمال حدوث العلوق ساعة فساعة فيثبت نسب ما تأتى به الى سنتين واعلم ان قياس ما قدمه في الكبيرة المبتوتة من انها إذا جاءت به لتمام سنتين لا يثبت أن يقول الى أقل من سنتين هنا وجه قولهما وهو الفرق أن لانقضاء عدة الصغيرة جهة واحدة في الشرع فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق اقرارها بالانقضاء لانه لا يحتمل الخلف وعدم المطابقة بخلاف اقرارها فغاية الامر أن يجعل انقضاؤها بمنزلة إقرارها ولو أقرت بالانقضاء بعد الاشهر الثلاثة ثم جاءت به لاكثر من ستة أشهر أو لستة أشهر لا يثبت فكذلك هنا فلزم أن لا يثبت حتى تأتى به لاقل من تسعة أشهر أما إذا كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها كالكبيرة لان باقرارها بالحبل حكم ببلوغها (**قوله** وثبت نسب ولد المتوفى عنها ما بين وفاة زوجها وبين سنتين وقال زفر إذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لاقل من ستة أشهر ثبت نسبه) ولستة أشهر لا يثبت فوجهه كوجههما في الصغيرة وهو ان لعدتها جهة واحدة هى انقضاء أربعة أشهر وعشر فاذا لم تقر قبلها بالحبل فقد حكم الشرع بانقضائها بها فاذا جاءت بالولد بعدها لتمام ستة أشهر أو أكثر لا يثبت نسبه بخلاف ما إذا جاءت به لاقل على ما عرف ويمنع تعين الجهة الواحدة في حقها بل لها كل من الجهتين بخلاف الصغيرة لان الاصل فيها عدم الحبل فتستمر ما لم تعترف بالحبل (**قوله** وإذا اعترفت) ظاهر وتقدمت غير مرة

(وان كانت) الصغيرة (مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما) أى عند أبى حنيفة ومحمد يعنى ان ولدت لاقل من تسعة أشهر ثبت النسب والا فلا (وعند أبى يوسف يثبت النسب الى سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل واطئا في آخر العدة وهى ثلاثة أشهر ثم تأتى به لاكثر مدة الحمل وهو سنتان وان كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء) لانها أعرف بأمر عدتها فيحكم باقرارها ببلوغها فيثبت نسب ولدها لاقل من سنتين في الطلاق البائن ولاقل من سبعة وعشرين شهرا في الرجعى وقوله (ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها) ظاهر وقوله (الا أنا نقول لانقضاء عدتها جهة أخرى) حاصله ان في كل من الحامل والصغيرة أمضينا الحكم على الاصل ولكن الاصل في الموضعين قد اختلف فلذلك اختلف الحكم الذى بنى عليه أيضا وذلك لان الاصل في الكبيرة الاحبال فلم يعتبر في حقها تعين جهة العدة بالاشهر والاصل في الصغيرة عدم الاحبال فلذلك اعتبرنا في حقها تعين جهة العدة بالاشهر لا يقال الاصل في الكبيرة أيضا عدم الاحبال لانا نقول ذلك في حق غير المنكوحة فأما النكاح فلا يعقد الا بالاحبال وقوله (وفيه) أى في البلوغ (شك) والصغر كان ثابتا بيقين فلا يزول بالشك (واذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد) ظاهر

وهذا اللفظ باطلاقه يتناول كل معتدة (واذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة الأان يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان الأان يكون هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب من غير شهادة وقال أبو يوسف ومحمد يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة) لان الفراش قائم بقيام العدة وهو ملزم للنسب والحاجة الى تعيين الولد انه منها فيتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح

وانما لم يثبت اذا أتت به لاكثر من ستة أشهر من وقت الاقرار وان كانت المدة تحتمل كون الحمل من الزوج لانهن أمينات شرعا في إخبارهن عن عدتهن فاذا أخبرن لزم الى أن يتحقق الخلاف قطعا وقوله وهذا اللفظ يتناول باطلاقه كل معتدة لعدم التفصيل في المعتدة عن طلاق و وفاة ومما يشمل أيضا الآيسة اذا ولدت بعد الرجعي أو البائن فهي كذوات الاقراء يثبت نسب ما تأتي به الى أقل من سنتين في البائن وأكثر منها في الرجعي مالم تقر بانقضاء العدة فان أقرت بانقضائها مفسرا بثلاثة أشهر أو مطلقا في مدة تصلح لثلاثة اقراء ثم ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار ثبت النسب والا فلا لان مطلق اقرارها يحمل على الاقراء لما بطل اليأس هذا والمنصوص عليه في فتاوى قاضيخان ان الآيسة تعتد بالاشهر واذا ولدت يثبت نسب ولدها في الطلاق الى سنتين سواء أقرت بانقضاء العدة أو لم تقر وكذا نقل عن المرغيناني (قوله واذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة الأان يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان) أو يعلم اعتراف من الزوج بالولادة أو يكون الحبل ظاهرا فيثبت النسب بلا شهادة واطلاق المصنف يشمل المعتدة عن وفاة وعن طلاق بائن أو رجعي فيوافق تصريح قاضيخان وفخر الاسلام بجريان الخلاف في الرجعي وشمس الائمة قيد صورة المسئلة بأن يكون الطلاق بائنا فقال لو أن رجلا طلق امرأته ثلاثا أو تطليقا بائنا ثم جاءت بولد بعد الطلاق لسنتين أو أقل وشهدت امرأة على الولادة والزوج ينكر الولادة والحبل لم يلزمه النسب في قول أبي حنيفة مالم يشهد به رجلان أو رجل وامرأتان ونحوه فعل صاحب المختلف حيث قال شهادة القابلة على الولادة لاتقبل الا بمؤيد الى قوله حتى ان المعتدة عن وفاة اذا كذبها الورثة في الولادة وفي الطلاق البائن اذا كذبها الزوج الى آخر ما ذكره واتفقوا على قيد انكار الزوج وكذا لو وقع انكار الولادة والحبل من الورثة فعندهما يثبت بشهادة امرأة حرة عدلة و يرث بذلك ويشترط لفظة الشهادة على قولهما عند مشايخ خراسان لانها موجبة حقا على الغير ولا يشترط عند العراقيين قياسا على العدد وقوله في جميع ذلك أي فيما اذا كان حبل ظاهر أولا أو اعتراف من الزوج أولا وهل يقبل شهادة رجل واحد عندهما قيل نعم ولا يفسق كما لو شهد رجلان أو رجل وامرأتان وفي جامع قاضيخان وعلى هذا الخلاف كل مالم يطلع عليه الرجال وأجمع علماؤنا على انه يقضى بالنسب بشهادة الواحدة عند قيام النكاح وحقيقة الحال انه يثبت تعيين الولد بهذه الشهادة والنسب بقيام الفراش واذا تقرر أن النكاح بعد الرجعي قائم من كل وجه يتجه تقييد الخلاف بالبائن كما نقله شمس الائمة و يكون الرجعي كالعصمة القائمة حتى حل الوطء ودواعيه والخلاف انما هو بعد الموت و بالطلاق البائن و بقولهما قال أحمد وعند الشافعي يشترط أربع نسوة عدول وعند مالك وابن أبي ليلى امرأتان وجه قولهما ان الفراش قائم بقيام العدة (وهو) أي الفراش (ملزم للنسب) فيما تأتي به كما قبل الطلاق (والحاجة الى) شهادة المرأة (تعيين الولد) فيتعين بشهادتها على الولادة كما قبل الطلاق فاقتصر المصنف على

وقوله (وهذا اللفظ) اشارة الى قوله فاذا اعترفت المعتدة (باطلاقه) حيث لم يقيد بمعتدة دون أخرى (يتناول كل معتدة) يعني كانت معتدة من طلاق رجعي أو بائن بالاشهر أو بالحيض قيل ذكر المرغيناني وقاضيخان أن الآيسة لو أقرت بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين ثبت نسب ولدها فلم يتناول كل معتدة الأان يؤول كل معتدة غير الآيسة وهذا مخالف لما نقل عن الامام فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير ان الآيسة اذا أقرت بانقضاء العدة مفسرة بثلاثة أشهر أو مطلقا في مدة تصلح لثلاثة أقراء ثم ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار يثبت النسب والا فلا قال (واذا ولدت المعتدة ولدا) اذا ولدت المعتدة عن طلاق بائن أو رجعي ولدا وقد أنكره الزوج لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة مالم يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان الأان يكون هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب بلا شهادة وقالا يثبت في جميع ذلك بشهادة امرأة واحدة لان الفراش وهو تعين المرأة للزوج بحيث يثبت منه نسب كل ولد تلده قائم بقيام العدة (وهو) أي قيام الفراش (ملزم للنسب) فلا حاجة الى اثباته (و) انما (الحاجة الى تعيين الولد) وهو يحصل بشهادة امرأة واحدة كما في حال قيام النكاح أو ظهور الحبل أو اقرار الزوج

هذا

(قوله واذا ولدت المعتدة عن طلاق بائن أو رجعي ولدا وقد أنكره الزوج لم يثبت نسبه الخ) أقول وكذا معتدة الوفاة ثم ان انكار الورثة كانكار الزوج

ولابى حنيفة القول بالموجب يعنى سلمنا ان الفراش يكون قائما بقيام العدة ولكن العدة ههنا ليست بقائمة (لانها تنقضى باقرارها بوضع الحمل والمنقضى لا يصلح حجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء بالقضاء فيشترط كمال الحجة بخلاف ما اذا كان النكاح قائما أو الحبل ظاهرا أو الاعتراف به من الزوج صادرا (لان النسب اذ ذاك ثابت قبل الولادة) فلا يحتاج الى اثباته وانما الحاجة الى التعيين وذلك (يثبت بشهادتها) قيل لا يحل نظر الرجل الى العورة فما وجه اشتراط شهادة الرجال وأجيب بان النظر لا يلزم بل اذا دخلت بيتا بين الشهود وهم يعلمون ان ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد كفى لجواز أداء الشهادة واذا ولدت المعتدة عن وفاة قبل تمام سنتين ولدا فصدقها أى أقر به جميع الورثة أو جماعة منهم يقطع الحكم بشهادتهم رجلين أو رجل وامرأتين منهم (فهو ابنه فى قولهم جميعا) وهذا فى حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم (أما فى حق النسب) بالنسبة الى غيرهم (فهل يثبت أولا قالوا اذا كانوا من أهل الشهادة) كما ذكرنا وهم عدول (يثبت لقيام الحجة) ولهذا قيل يشترط لفظة الشهادة وقيل لا يشترط لان الثبوت فى حق غيرهم تبع للثبوت فى حقهم لاقرارهم وما يثبت تبعا لا يراعى فيه الشرائط كالعبد مع المولى والجندى مع السلطان فى حق الاقامة

ولابى حنيفة ان العدة تنقضى باقرارها بوضع الحمل والمنقضى ليس بحجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء فيشترط كمال الحجة بخلاف ما اذا كان ظهر الحبل أو صدر الاعتراف من الزوج لان النسب ثابت قبل الولادة والتعين يثبت بشهادتها (فان كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة فى الولادة ولم يشهد على الولادة أحد فهو ابنه فى قولهم جميعا) وهذا فى حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم أما فى حق النسب هل يثبت فى حق غيرهم قالوا اذا كانوا من أهل الشهادة يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل تشترط لفظة الشهادة وقيل لا تشترط لان الثبوت فى حق غيرهم تبع للثبوت فى حقهم باقرارهم وما ثبت تبعا لا يراعى فيه الشرائط

هذا القدر فيثبت النسب والجامع قيام الفراش (وله ان العدة تنقضى باقرارها بوضع الحمل) فصارت أجنبية والفراش المنقضى ليس بحجة لا يصلح مؤيد الحجة الضعيفة أعنى شهادة المرأة الواحدة فكانت الحاجة ماسة الى اثبات النسب ابتداء وذلك بكمال النصاب على ولادتها المتصلة بفراشيتها المستلزمة لثبوت النسب لكونها فى وقت يلزم منه ثبوت النسب شرعا بخلاف ما اذا كان الحبل ظاهرا قبل دعواها أو صدر الاعتراف به من الزوج أو كان الفراش قائما وقت دعواها الولادة لان النسب ثابت قبل الولادة لما فى البطن وقيام الحمل ظاهرا أو اعترافا وكذا قيام الفراش يؤيد شهادة القابلة به وقولهما لا يطلع عليه الرجال ممنوع بل يطلع عليه فيما اذا دخلت المرأة بحضرتهم بيتا يعلمون انه ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد فيعلمون انها ولدته وفيما اذا لم يتعمدوا النظر بل وقع اتفاقا وبهذا يندفع ما قد أورد من ان شهادة الرجال تستلزم فسقهم فلا تقبل والحاصل ان حقيقة محل الخلاف ان شهادة المرأة الواحدة فيما لا يطلع عليه الرجال عادة كالولادة وغيرها هل تكفى للاثبات أو لا بد أن تتأيد بمؤيد فالوجه أن يجعل الاستدلال عليه ولهما فيه قوله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه فانه يتناول الواحدة لانه جنس وأما الوجه الذى ذكراه فتمامه بالغاء الفارق بينه وبين المقيس عليه من حال قيام الفراش وهو يدفعه بأنه لا يلزم من جوازها مع مؤيد جوازها بدونه ويبقى عليه اطلاق الحديث والمعروف منه ما رواه ابن أبى شيبة عن الزهرى مرسلا مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن وتجوز شهادة القابلة وحدها فى الاستهلال وامرأتان فيما سوى ذلك وهذا حجة لانه مرسل وانما قلنا انه مرسل لان قول الراوى مضت السنة انما يكون حكمه الرفع اذا كان صحابيا وهو هنا ليس صحابيا وحديث الدارقطنى عن محمد بن عبد الملك الواسطى عن الاعمش عن أبى وائل عن حذيفة أن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة وان كان بين ابن عبد الملك والاعمش رجل مجهول وهو أبو عبد الرحمن المداينى فقد تظافرا وقوى ما هو حجة به ولو كانت معتدة عن وفاة فادعت الولادة فصدقها الورثة عليها ولم يشهد بها أحد فهو ابن الميت فى قولهم جميعا وهذا فى حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل تصديقهم فيه أما فى حق ثبوت النسب من الميت ليظهر فى حق الناس كافة قالوا اذا كانوا أى الورثة من أهل الشهادة بان يكونوا ذكورا أو ذكورا مع إناث وهم عدول ثبت لقيام الحجة فيشارك المقرين منهم والمنكرين ويطالب غريم الميت بدينه وعن هذا قيل يشترط لفظة الشهادة أى فى مجلس الحكم من الورثة لقيام الحجة وقيل لا يشترط هو الصحيح لان الثبوت فى حق غيرهم تبع للثبوت فى حقهم ولا يراعى للتبع شرائطه اذا ثبت اصالة وعلى هذا فلو لم يكونوا من أهل الشهادة

(قوله لان النسب اذ ذاك ثابت) أقول هذا قاصر والاولى أن يضم الى هذا قولنا أو الفراش قائم ليعم صورة قيام النكاح (قوله أى أقر به جميع الورثة أو جماعة منهم يقطع الحكم الخ) أقول الظاهر أن لا يقيد الورثة هنا بهذا القيد فانه اذا كان المصدق رجلا واحدا أو امرأة واحدة ثبت نسبه فى حق الارث وموضع التقييد يجىء فى كلام المصنف قال المصنف (فان كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة) أقول أى أقربها ويشهد لذلك قول المصنف باقرارهم قال المصنف (فهو ابنه الخ) أقول الظاهر انه ولده

(قوله واذا تزوج الرجل امرأة) ظاهر (قوله واللعان انما يجب بالقذف) جواب عما يقال اللعان ههنا انما يجب بنفي الولد والولد يثبت بشهادة القابلة فيكون اللعان ثابتا بشهادة القابلة وهو لا يجوز لان اللعان في معنى الحد والحد لا يثبت بشهادة النساء ووجهه ان اللعان يجب بالقذف والقذف موجود لان قوله ليس مني قذف لها بالزنا معنى والقذف لا يستلزم وجود الولد فانه يصح بدونه فلم يعتبر الولد الثابت بشهادة القابلة وانما أضيف اللعان الى القذف مجردا عنه (فان ولدت) المرأة (ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ أربعة أشهر وقالت منذ ستة أشهر فالقول قولها لان الظاهر شاهد لها فانها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح) واعترض بوجهين أحدهما ان المرأة تسند العلوق الى زمان سابق والزوج ينكره فيكون القول قوله والثاني أن الظاهر شاهد له أيضا لان النكاح حادث والاصل في الحوادث أن تضاف الى أقرب الاوقات وأجيب عن الاول بانه معارض بان الزوج يدعي اسناد العلوق الى زمان يسبق النكاح وهي تنكر فيكون القول قولها وعن الثاني بأن النسب مما يحتاط في اثباته فاذا تعارض الظاهران فيه ترجح المثبت على أن ظاهر حالها يتأيد نظاهر حاله من حيث انه لا يباشر النكاح بصفة الفساد فان نكاح الحبلى فاسد وهل تحرم على الزوج بهذا الكلام ينبغي أن لا تحرم فان قيل يجب أن تحرم لان هذا اقرار منه بتزوجه وهي حبلى فصار كما اذا ادعى انه تزوجها بغير شهود أجيب بالفرق بينهما من وجهين أحدهما ان النكاح بغير شهود فاسد لا محالة ونكاح الحبلى ليس كذلك لجواز أن يكون الحمل من الزنا والثاني أنه وان أقر بالحرمة الا أن الشرع كذبه في ذلك حيث أثبت النسب منه والاقرار اذا قابله تكذيب من جهة الشرع يبطل

(واذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه) لان العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه (وان جاءت به لستة أشهر فصاعدا يثبت نسبه منه اعترف به الزوج أو سكت) لان الفراش قائم والمدة تامة (فان جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن) لان النسب يثبت بالفراش القائم واللعان انما يجب بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد فانه يصح بدونه (فان ولدت ثم اختلفا فقال

لا يثبت النسب الا في حق المقرين منهم والله أعلم (قوله واذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه) لان أقل مدة الحمل ستة أشهر فلزم كونه من علوق قبل النكاح وان جاءت به لاكثر منها ثبت ولا اشكال سواء اعترف به الزوج أو سكت وكذا اذا جاءت به لتمام الستة بلا زيادة لاحتمال انه تزوجها واطئا لها فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط في اثباته وهذا من المصنف خلاف ما تقدم في المبتوتة حيث نفى نسب ما أتت به لتمام سنتين مع تصحيحه بما قدمناه من كونه طلقها حال جماعها وصادف الانزال الطلاق وأجيب عن المصنف بأن ثبوت النسب هنا لا هنالك لحمل أمرها على الصلاح اذ لو لم يثبت هنا لزم كونه من زنا أو من زوج فتزوجت وهي في العدة وأما عدم الثبوت هنالك للشك فلا يستلزم نسبة فساد اليها لجواز كون عدتها انقضت وتزوجت بزوج آخر فعلقت منه وحاصل هذا رفع المانع من عدم الثبوت هنالك وليس بجواب أصلا لان معنى السؤال وجد المقتضي وهو الامكان بالطريق الذي ذكرناه مع وجوب الاحتياط فكان يجب أن يثبت النسب كما يثبت هنا وأنت علمت أن الوجه ان ثبوت النسب فيه لوجود المقتضي وهو الامكان مع الاحتياط (قوله فان جحد الولادة) يعني فيما اذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا ثبت بشهادة امرأة واحدة اتفاقا أما عندهما فظاهر وعنده لتأيدها بقيام الفراش حتى لو نفاه بعد شهادتها لاعن ولا يكون هذا اللعان لزم بشهادة الواحدة ليلزم أنه قائم مقام الحد والحد لا يثبت بشهادة امرأة واحدة فيجب أن لا يجب اللعان هنا وأيضا يلزم خطأ أبي حنيفة حيث لم يثبت بها النسب وأثبت بها اللعان بل اللعان انما وجب بالقذف الثابت في ضمن نفي الولد لا بنفي الولد من حيث هو نفيه فانه ليس من ضرورة لزومه وجود الولد أصلا فضلا عن نفيه بعد وجوده لتحققه بدونه وان اتفق هنا وقوعه في ضمن النفي (قوله وان ولدت ثم اختلفا فقال

تزوجتك

قال المصنف (واذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها) أقول لفظ يوم مستغنى عنه قال المصنف (واللعان انما يجب بالقذف) أقول القذف الثابت في ضمن نفي الولد لا بنفي الولد من حيث هو نفيه قال المصنف (فانه يصح بدونه) أقول وان اتفق هنا وقوعه في ضمنه قال المصنف (لان الظاهر يشهد لها) أقول وانما لم يقل لانها تدعي صحة النكاح لانها اذا كانت حبلى من الزنا يصح النكاح في الصحيح (قوله واعترض بوجهين أحدهما ان المرأة الخ) أقول هذا الاعتراض معارضة والثاني معارضة أيضا ثم قوله ان المرأة تسند العلوق يعني تسند العلوق من الزوج (قوله وأجيب عن الاول بأنه معارض الخ) أقول يعني فيبقى دليلنا سالما عن المعارض (قوله ترجح المثبت) أقول أي مثبت النسب (قوله فان نكاح الحبلى فاسد) أقول ان كان من النكاح فبالاجماع وان كان من الزنا فعند بعض أئمتنا كما سبق لكنه صحيح في الصحيح ففي التأييد ما لا يخفى (قوله فان قيل ويجب الخ) أقول معارضة وكان الاولى أن يأتي بدليل عدم التحريم أولا

وقوله (ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف) يعنى الاختلاف المذكور فى الاشياء الستة وقوله (واذا قال لامرأته اذا ولدت فأنت طالق) ظاهر وقوله (فيما يبتنى عليها وهو الطلاق) يعنى ان الطلاق حكم متعلق بالولادة وشهادة القابلة حجة فى اثبات الولادة فكذلك فيما يتعلق بها ضمنا وكم من شئ يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا (ولابى حنيفة ان دعواها الحنث) ليست الطلاق حتى يثبت فى ضمن الولادة بشهادتها وانما دعواها حنثه فى يمينه والحنث ليس من ضرورات الولادة فلا يثبت الا بحجة كاملة سلمنا ان دعواها الطلاق لكن لا يمكن اثباتها بشهادتها ضمنا لان شهادتها ضرورية فى حق الولادة لعدم حصول الرجال عندها فلا تظهر فى حق الطلاق لانه ينفك عنها ولقائل أن يقول كلامنا فى الطلاق المعلق بالولادة والمعلق بالشئ لازم من لوازمه والولادة تثبت بشهادتها والشئ اذا ثبت ثبت بجميع لوازمه وقوله (وان كان الزوج قد أقر بالحبل) يعنى اذا أقر الزوج بالحبل ثم علق طلاقها بالولادة فقالت المرأة ولدت وكذبها الزوج فان الطلاق يقع عند أبى حنيفة خلافا لهما وعلى هذا الاختلاف اذا كان الحبل ظاهرا ثم علق الطلاق لهما انها اذا ادعت الحنث فلا بد لها من حجة وشهادتها فيه حجة على ما بينا فى المسئلة الاولى (وله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضى اليه الحبل وهو الولادة) ولان اقراره بحبلها اقرار بكونها مؤتمنة والقول قول المؤتمن فى دعوى رد الامانة وهذا يرشدك الى ان وجود الشرط انما يستلزم وجود الجزاء عنده اذا كان وجود الشرط بدليل يمكن ان يكون دليلا على الجزاء عند انفراده عن الشرط والاقرار كذلك بخلاف شهادة القابلة فى المسئلة الاولى فتلمح منه جواب الاعتراض هنالك

(قوله وانما دعواها حنثه الخ) أقول هما يقولان أيضا انها تدعى الحنث والشاهد يثبته كما يعلم من تعليلهما المسئلة الثانية فحينئذ ينبغى أن يقرر كلام الامام بغير ما قرره الشارح ولا يحمل كلامه على تعليلين (قوله والحنث ليس من ضرورات الولادة) أقول مطلقا أو فى هذا اليمين والاول مسلم وليس الكلام فيه والثانى ممنوع (قوله فلا تظهر فى حق الطلاق) أقول بل تظهر فى حق الضمنيات المختصة (قوله ولقائل أن يقول كلامنا الى قوله والشئ اذا ثبت ثبت بجميع لوازمه) أقول الشرع ولاية قد يثبت أمرا فى حق بعض الاشياء ولا يثبتها فى حق بعضها وله نظائر لا تحصى (قوله فتلمح منه جواب الاعتراض هنالك) أقول أشار الى ما تقدم بثمانية أسطر تحريرنا وهو قوله ولقائل أن يقول كلامنا فى الطلاق المعلق

الزوج تزوجتك منذ أربعة وقالت هى منذ ستة أشهر فالقول قولها وهو ابنه) لان الظاهر شاهد لها فانها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف (وان قال لامرأته اذا ولدت ولدا فأنت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد تطلق) لان شهادتها حجة فى ذلك قال عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ولانها لما قبلت فى الولادة تقبل فيما يبتنى عليها وهو الطلاق ولابى حنيفة أنها ادعت الحنث فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لان شهادتهن ضرورية فى حق الولادة فلا تظهر فى حق الطلاق لانه ينفك عنها (وان كان الزوج قد أقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند أبى حنيفة وعندهما تشترط شهادة القابلة) لانه لا بد من حجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه على ما بينا وله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضى اليه وهو الولادة ولانه أقر بكونها مؤتمنة فيقبل قولها فى رد الامانة

تزوجتك لاربعة أشهر وقالت لستة أشهر فالقول لها لان الظاهر شاهد لها وهو انه ولد من نكاح لا من سفاح ولا من زوج تزوجت بهذا الزوج فى عدته وهو مقدم على الظاهر الذى يشهد له وهو اضافة الحادث وهو النكاح هنا الى أقرب الاوقات لانه اذا تعارض ظاهران فى ثبوت نسب قدم المثبت له لوجوب الاحتياط فيه حتى انه يثبت بالايماء مع القدرة على النطق بخلاف سائر التصرفات مع أن ظاهرها متأيد بظاهر وهو عدم مباشرته النكاح الفاسد ان كان الولد من زوج أو حبل من زنا وان صح على الخلاف فيه ثم لا تحرم عليه بهذا النفى لانه لا يلزم منه تزوجها حاملا بثابت النسب ليكون اقرارا بالفساد كما اذا تزوجها بلا شهود لجوازه وهى حامل من زنا فانه صحيح على الصحيح ولان الشرع كذبه حيث أثبت النسب والشرع اذا كذب الاقرار يبطل (قوله ولم يذكر) أى محمد (الاستحلاف) أى استحلافها وهو على الخلاف المعروف فى الاشياء الستة فعندهما تستحلف وعنده لا تستحلف لان الخلاف واقع فى النكاح والنسب (قوله ومن قال لامرأته اذا ولدت فأنت طالق فشهدت امرأة على الولادة) والزوج ينكرها ولم يكن حبلها ظاهرا ولا أقر هو به (لم تطلق عند أبى حنيفة) ولكن يثبت النسب وقالا تطلق أيضا لان شهادتها حجة فى ذلك أى فى ثبوت ولادتها للحديث السابق واذا كانت حجة مقبولة فيها تقبل فيما يبتنى عليها وهو الطلاق المعلق به وبهذا التقرير يتبين ان قوله ولانها لما قبلت فى الولادة الى آخره ليس وجها آخر بل هو تمام الوجه الاول وصارت كثبوت الامومة بناء على ثبوت النسب بشهادة القابلة فيما اذا قال ان كان بأمتى هذه حبل فهو منى فولدت بعد هذا القول لاقل من ستة أشهر فأنكر ولادتها فشهدت بها امرأة وكثبوت اللعان بناء على ثبوت النسب فيما اذا جاءت زوجته بولد فقال ليس

قال (وأكثر مدة الحمل سنتان) لقول عائشة رضى الله عنها الولد لا يبقى فى البطن اكثر من سنتين ولو بظل مغزل

منى ولا أدرى أولدتيه أم لا فشهدت بالولادة امرأة فانه يجب اللعان الا أن يكون الزوج عبدا أو حرا محدودا فيحد للقذف ولابى حنيفة انها ادعت الحنث وزوال ملكه الثابت فلا بد من حجة تامة وشهادة المرأة الواحدة ليست بحجة كذلك الا فى موضع الضرورة وهو الولادة ولازمه المختص به فقبلت فيها وثبت النسب وأمومة الولد ولانه حكمه اللازم شرعا أما اللعان فانما يثبت بالقذف وان اتفق انه وقع فى ضمن نفى الولد كما تقدم وأما وقوع الطلاق والعتاق فليس حكما مختصا به فلا يثبت عند هذه الشهادة كمن اشترى لحما فاخبره مسلم انه ذبيحة مجوسى قبل فى الحرمة ولا يثبت تجس الذابح وكقوله اذا حضت فانت طالق وفلانة فقالت حضت طلقت هى ولم تطلق فلانة وهما حكمان مقترنان ويمكن جعل هذا اشكالا على أبى حنيفة فان طلاقها هى زوال ملكه وهو ليس لازما شرعيا لحيضها بل لازمه الشرعى حرمة قربانها فقد ثبت بقولها لازمه الشرعى ولازمه الجعلى المنفك وهو حنثه وسيأتى الفرق ولو كان الزوج قد أقر بالحبل طلقت بلا شهادة عند أبى حنيفة وعندهما يشترط شهادة القابلة لانه لا بد من الحجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه (وله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضى اليه وهو الولادة) للعلم بأن الحبلى تلد بعده ولانه أقر بأنها مؤتمنة فى إخبارها بالولادة حيث أقر بأنها حامل فيقبل قولها فى رد الامانة كما اذا علق بحيضها فقالت حضت فاذن ظهر الفرق الدافع للاشكال المذكور وهو ان التعليق ان كان بما هو معلوم الوقوع بعده وعلمه من جهتها كما بحيضها وبولادتها بعد الاقرار بحبلها أو بظهور حبلها كان التزاما لتصديقها عند إخبارها به واعترافا بأنها مؤتمنة فيه وان لم يكن كذلك وهو التعليق بولادتها قبل الاعتراف بحبلها سابقا ولا ظهور حبل حال التعليق لم يستلزم ذلك فيحتاج عند انكاره الى الحجة (قوله وأكثر مدة الحمل سنتان) وعند الشافعى ومالك أربع سنين وعن الليث ثلاث سنين وعن الزهرى سبع سنين واستدل المصنف رحمه الله بقول عائشة رضى الله عنها الولد لا يبقى فى بطن أمه أكثر من سنتين ولو بظل مغزل أخرج الدارقطنى والبيهقى فى سننهما من طريق ابن المبارك حدثنا داود بن عبد الرحمن عن ابن جريج عن جميلة بنت سعد عن عائشة رضى الله عنها قالت ماتزيد المرأة فى الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل وفى لفظ قالت لا يكون الحمل أكثر من سنتين الحديث وأخرج الدارقطنى ومن جهته البيهقى عن الوليد بن مسلم قال قلت لمالك بن أنس أنى حديث عن عائشة انها قالت لا تزيد المرأة فى حملها على سنتين قدر ظل مغزل فقال سبحان الله من يقول هذا هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة أبطن فى اثنى عشرة سنة كل بطن فى أربع سنين ولا يخفى ان قول عائشة رضى الله عنها مما لا يعرف الا سماعا وهو مقدم على المحكى عن امرأة ابن عجلان لانه بعد صحة نسبته إلى الشارع لا يتطرق اليه الخطأ بخلاف الحكاية فانها بعد صحة نسبتها الى مالك والمرأة يحتمل خطؤها فان غاية الامر أن يكون انقطع دمها أربع سنين ثم جاءت بولد وهذا ليس بقاطع فى ان الاربعة بتمامها كانت حاملا فيها لجواز انها امتد طهرها سنتين أو أكثر ثم حبلت ووجود الحركة مثلا فى البطن لو وجد ليس قاطعا فى الحمل لجواز كونه غير الولد ولقد أخبرنا عن امرأة انها وجدت ذلك مدة تسعة أشهر من الحركة وانقطاع الدم وكبر البطن وادراك الطلق فحين جلست القابلة تحتها أخذت فى الطلق فكلما طلقت اعتصرت ماء هكذا شيأ فشيأ الى ان انضمر بطنها وقامت عن قابلتها عن غير ولادة وبالجملة مثل هذه الحكايات لا يعارض الروايات وماروى ان عمر رضى الله عنه أثبت نسب ولد المرأة التى غاب عنها زوجها سنتين ثم قدم فوجدها حاملا فهم برجمها فقال له معاذ ان كان لك عليها سبيل فلا سبيل لك على ما فى بطنها فتركها حتى ولدت ولدا قد نبتت ثنيتاه يشبه أباه فلما رآه الرجل قال ولدى ورب الكعبة فانما هو بقيام الفراش ودعوى الرجل نسبه

قال (وأكثر مدة الحمل سنتان لقول عائشة رضى الله عنها الولد لا يبقى فى البطن أكثر من سنتين ولو بظل مغزل) أى بقدر ظل مغزل حال الدوران والغرض تقليل المدة فان ظل المغزل حالة الدوران أسرع زوالا من سائر الظلال ورواية المبسوط والايضاح وبعض نسخ الكتاب ولو بفلكة مغزل أى ولو بدور فلكة مغزل والمعنى هو ما فى الرواية الاخرى والظاهر ان عائشة قالته سماعا لان العقل لا يهتدى الى معرفة المقادير وانما قدم بيان أكثر المدة على أقلها اهتماما بذكره لكونه مختلفا فيه

(قوله

(وأقله ستة أشهر لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ثم قال وفصاله فى عامين فبقى للحمل ستة أشهر) وهذا تأويل أخرجه ابن عباس ذكره فى المبسوط فقال روى ان رجلا تزوج امرأة فولدت ولدا لستة أشهر فهم عثمان برجمها فقال ابن عباس اما انها لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقال تعالى وفصاله فى عامين فاذا ذهب للفصال عامان لم يبق للحمل الا ستة أشهر فدرأ عثمان الحد عنها وأثبت النسب من الزوج قال صاحب النهاية وهذا التقرير الذى ذكرهنا فى تأويل الآية مخالف لما ذكره فى الرضاع من هذا الكتاب لانه جعل هنالك ثلاثين شهرا مدة لكل واحد من الحمل والفصال ثم أظهر المنقص فى حق الحمل وههنا جعلها مدتهما جميعا ثم أصاب منهما للفصال عامان بقوله تعالى وفصاله فى عامين ومن ضرورته ان يبقى للحمل ستة أشهر وأجيب بأن استدلاله هنالك انما كان بالنظر الى الآية الاولى وههنا بالنظر اليها والى الاخرى وجاز ان تكون الآية نظرا الى ذاتها مفيدة لحكم و بالنظر اليها والى غيرها مفيدة لحكم آخر فتأمل (وقال الشافعى يقدر الاكثر باربع سنين) واحتج على ذلك بحكايات مثل محمد بن عجلان مولى فاطمة بنت الوليد بن عتبة بقى فى بطن أمه أربع سنين وكذلك هرم بن حيان فسمى هرما لذلك والضحاك ابن مزاحم هكذا فسمى ضحاكا لانه ضحك حين ولد وغيرهم (والحجة عليه ما روينا عن عائشة رضى الله عنها والظاهر انها قالته سماعا اذ العقل لا يهتدى اليه) أى الى مقدار مدة ما فى الرحم وقوله (ومن تزوج أمة فطلقها) يعنى بعد الدخول (ثم اشتراها فان جاءت بولد لاقل من ستة أشهر منذ يوم اشتراها لزمه والا فلا لانه فى الوجه الاول) يعنى اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر (ولد المعتدة فان العلوق سابق على الشراء) لانها ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الشراء ونسب ولد المعتدة يثبت بلا دعوة لقيام الفراش حكما (وفى الوجه الثانى) يعنى ما اذا جاءت به لستة أشهر أو أكثر من وقت الشراء (ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى أقرب الاوقات) وأقربها وقت كونها مملوكة فلا يثبت الا بالدعوة قال المصنف (هذا اذا كان الطلاق واحدا بائنا أو خلعا أو رجعيا

(وأقله ستة أشهر) لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ثم قال وفصاله فى عامين فبقى للحمل ستة أشهر والشافعى يقدر الاكثر باربع سنين والحجة عليه ما رويناه والظاهر انها قالته سماعا اذ العقل لا يهتدى اليه (ومن تزوج أمة فطلقها ثم اشتراها فان جاءت بولد لاقل من ستة أشهر منذ يوم اشتراها لزمه والا لم يلزمه) لانه فى الوجه الاول ولد المعتدة فان العلوق سابق على الشراء وفى الوجه الثانى ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى أقرب وقته فلابد من دعوة وهذا اذا كان الطلاق واحدا بائنا أو خلعا أو رجعيا

(قوله وأقله ستة أشهر) ولا خلاف للعلماء فيه لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا مع تفسير الفصال فى الآية الاخرى بكونه فى عامين فيلزم كون الفاضل للحمل ستة أشهر وأورد عليه انه مخالف لما قرره لابى حنيفة فى الرضاع من ان هذه المدة مضروبة بتمامها لكل من الحمل والفصال غير ان المنقص قام فى أحدهما وهو الحمل وهو حديث عائشة قلنا قدمنا هنالك انه غير صحيح لما يلزم من انه يراد بلفظ الثلاثين فى اطلاق واحد حقيقة ثلاثين وأربعة وعشرين باعتبار اضافتين فلعله رجع الى الصحيح وأجيب بأن هذا تأويل ابن عباس رضى الله عنهما ذكره هنا وموضع الاستدلال فى الحقيقة مورده لا هو فنقل بعضه لينبه به عليه وهو ما روى ان رجلا تزوج امرأة فولدت لستة أشهر فهم عثمان برجمها فقال ابن عباس رضى الله عنهما اما انها لو خاصمتكم بكتاب الله تعالى لخصمتكم قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقال وفصاله فى عامين فلم يبق للحمل الا ستة أشهر فدرأ عثمان رضى الله عنه الحد عنها فالتمسك بدرء عثمان مع عدم مخالفة أحد فكان اجماعا وهذا صحيح فى نفسه ومفيد اقطعية ارادة كون المدة بمجموع الحمل والفصال لاتفاقهم على صحته حيث سكتوا ورتبوا الحكم باعتباره وهو يبطل تمسكه فى الرضاع على ذلك الوجه فلا يندفع به التناقض على المصنف (قوله ومن تزوج أمة فطلقها) أى بعد الدخول واحدة بائنة أو رجعية ثم اشتراها قبل ان تقر بانقضاء عدتها فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر منذ اشتراها لزمه أى ثبت نسبه منه ولفظ يوم بعد منذ مستغنى عنه وقيدنا ببعد الدخول و واحدة لانه لو كان قبل الدخول لا يلزمه الولد الا ان تجىء به لاقل من ستة أشهر منذ فارقها لانه لا عدة لها أو بعده والطلاق ثنتان ثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق كما سيذكره المصنف (قوله والا) أى وان لم تجئ به لاقل بل لتمام ستة أشهر أو أكثر من وقت الطلاق لم يلزمه الا ان يدعيه (قوله لانه فى الوجه الاول) وهو ما اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر ولد المعتدة للتيقن بكون العلوق

(قوله انما كان بالنظر الى الآية الاولى) أقول يعنى قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا (قوله وههنا بالنظر اليها والى الاخرى) أقول يعنى قوله تعالى وفصاله فى عامين (قوله وجاز أن تكون الآية نظرا الى ذاتها مفيدة لحكم و بالنظر اليها والى غيرها مفيدة لحكم آخر فتأمل) أقول تأملنا فلم يتضح لنا اندفاع المخالفة فانه جعل هنا كون المدة المذكورة فى الآية الكريمة مضروبة لمجموع الحمل والفصال أمرا مقررا ثم عمد الى الآية الاخرى فعين بها ما أصاب الفصال من تلك المدة لتعين مدة الحمل ثم لا يمكن أن يراد بكلام واحد معنيان متقابلان فى اطلاق واحد كما لا يخفى قال المصنف (ومن تزوج أمة فطلقها ثم اشتراها فان جاءت بولد لاقل من ستة أشهر منذ يوم الخ) أقول لفظ يوم مستغنى عنه

أما اذا كان اثنتين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق لانها حرمت عليه حرمة غليظة فلا يضاف العلوق الا الى ما قبله لانها لا تحل بالشراء) لان الامة تحرم حرمة غليظة بتطليقتين فلا تحل له بملك اليمين واذا لم تحل لا يقضى بالعلوق من أقرب الاوقات بل من أبعدها حملا لامور المسلمين على الصلاح وأبعد الازمان هو ما قبل الطلاق فيلزمه الولد اذا جاءت به لاقل من سنتين من وقت الطلاق

أما اذا كان اثنتين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق لانها حرمت عليه حرمة غليظة فلا يضاف العلوق الا الى ما قبله لانها لا تحل بالشراء

سابقا على الشراء و ولد المعتدة يثبت نسبه بلا دعوة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا ولد المملوكة فلا يثبت الا بدعوة وهذا لان الطلاق اذا كان واحدة حل له وطؤها بعد الشراء اذ لا يظهر عدتها في حقه لانها معتدته والمرأة متى ولدت والوطء حلال يقضى بالعلوق من أقرب الاوقات لان فيما زاد عليه شكا وأقرب الاوقات ستة أشهر واعتبارها في الاول يوجب انه ولد المعتدة وفي الوجه الثاني يوجب انه ولد المملوكة فلا يثبت الا بدعوة بخلاف ما لو كان الطلاق ثنتين حيث يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر من وقت الشراء لان به تحرم الامة حرمة غليظة فلا يحلها الشراء لان حل المحرمة حرمة غليظة مغياة بنكاح زوج آخر على ما عرف فتعذر القضاء بالعلوق من أقرب الاوقات لانه قضاء عليهما بالوطء الحرام فقضينا بالعلوق من أبعد الاوقات وهو ما قبل الطلاق حملا لامرهما على الصلاح وقبل الطلاق كانت منكوحة فيثبت نسب ولدها بلا دعوة ثم اذا كانت الواحدة رجعية وهو ولد المعتدة فيلزمه وان جاءت به لعشر سنين بعد الطلاق فأكثر بعد كونه لاقل من ستة أشهر من الشراء وان كانت بائنا ثبت الى أقل من سنتين بعد كونه لاقل من ستة أشهر من الشراء واعلم ان ما ذكر من حكم المطلقة الرجعية ثابت عند عدم الطلاق يعني لو اشتراها من غير طلاق كان الحكم المذكور للرجعية ثابتا ولو اشترى زوجته الموطوءة ثم أعتقها فولدت لاكثر من ستة أشهر منذ اشتراها لا يثبت النسب الا أن يدعيه الزوج لان النكاح بطل بالشراء وصارت بحال لا يثبت نسب ولدها منه لو ولدت لاكثر من ستة أشهر من وقت الشراء الا بدعوة والعتق ما زادها الا بعدا منه وعند محمد يثبت النسب الى سنتين بلا دعوة من يوم الشراء لانه بالشراء بطل النكاح و وجبت العدة لكنها لا تظهر في حقه للملك وبالعتق ظهرت وحكم معتدة عن بائن لم تقر بانقضاء عدتها ذلك ولو جاءت به لاقل من ستة أشهر لزمه للعلم بثبوته قبل الشراء وان كان لاكثر من سنتين من العقد وكذا لو لم يعتقها ولكن باعها فولدت لاكثر من ستة أشهر منذ باعها فعند أبي يوسف لا يثبت النسب وان ادعاه الا بتصديق المشتري لما مر ان النكاح بطل وعند محمد يثبت بلا تصديق كما قال في العتق الا انه هنا لا يثبت بلا دعوة لان العدة ظهرت ثم ولم تظهر هنا ولو أسلمت كتابية تحت مسلم ثم جاءت بولد لاكثر من ستة أشهر ولاقل من سنتين من وقت الاسلام فنفاه لاعن ويقطع نسب الولد منه وان احتمل علوقه قبل الاسلام وباعتباره لا لعان لكن العلوق حادث والاصل في الحوادث ما قلنا وكذا حر تحته أمة أعتقها مولاها فجاءت بولد لاكثر من ستة أشهر ولاقل من سنتين من وقت الاعتاق فنفاه الزوج لاعن وان احتمل العلوق قبل الاعتاق فان قيل ما ذكرتم ينتقض بمسائل احداها ما لو قال لامرأتيه احداكما طالق ثلاثا ولم يبين حتى ولدت احداهما لاكثر من ستة أشهر من وقت الايجاب ولاقل من سنتين منه فالايجاب على ابهامه ولا تتعين ضرتها للطلاق ذكره في الزيادات وثانيتها ما لو قال لها اذا حبلت فأنت طالق فولدت لاقل من سنتين من وقت التعليق لا يقع الطلاق فكذا لو كان هذا في تعليق العتاق بالحبل وثالثتها المطلقة الرجعية اذا جاءت به لاقل من سنتين من وقت الطلاق لا يصير مراجعا ولو كانت الحوادث تضاف الى أقرب الاوقات لثبتت هذه الاحكام أعني البيان والطلاق والرجعة قلنا الحوادث انما

واما اذا كان الطلاق واحدا فيحل له وطؤها بملك اليمين فيضاف الولد الى أقرب الاوقات فحينئذ كان ولد الامة فلا يثبت نسبه بغير دعوة فان قيل وجب ان تنكشف الحرمة بملك اليمين وان كانت الحرمة غليظة تمسكا بقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم أجيب بأنه وجب ان لا تنكشف تمسكا بقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والطلقة الثانية في الاماء بمنزلة الطلقة الثالثة في الحرائر والمحرم أقوى

قال المصنف (أما اذا كان ثنتين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق) أقول قال الاتقاني فيه ايهام لانه ربما يظن ظان ان الطلاق اذا كان واحدا بائنا لا يثبت النسب فيه الى سنتين وليس كذلك لان النسب في البائن يثبت الى سنتين من وقت الطلاق وان لم يدع اه ولا يخفى عليك ان المراد هو أن المعتبر في الطلاق البائن وقت الشراء فانه اذا مضى من وقته أقل من ستة أشهر فجاءت بولد يحكم له وان جاءت لتمامها لا يحكم وان مضى من وقت الطلاق سبعة أشهر وأما اذا كان الطلاق ثنتين فالمعتبر مضي المدة من وقت الطلاق لا من وقت الشراء فليتأمل فان ذلك يفهم من كلام المصنف

(ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت امرأة على الولادة فهي أم ولده) لان سبب ثبوت النسب وهي الدعوة قد وجد من المولى بقوله فهو مني وإنما الحاجة الى تعيين الولد وهو يثبت بشهادة القابلة بالاجماع هذا اذا ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار فان ولدت لستة أشهر فصاعدا لا يلزمه لاحتمال انها حبلت بعد مقالة المولى فلم يكن المولى مدعيا هذا الولد بخلاف الاول فانا تيقنا بقيام الولد في البطن وقت القول فصحت الدعوى وقوله (ومن قال لغلام هو ابني)

واضح واعترض بأنه ينبغي ان لا يكون لها الميراث في الاستحسان أيضا لان هذا النكاح يثبت له اقتضاء فيثبت بقدر الضرورة وهو تصحيح النسب دون استحقاق الارث وأجيب بأن النكاح على ما هو الاصل ليس بمتنوع الى نكاح هو سبب لاستحقاق الارث ونكاح ليس بسبب له فلما ثبت النكاح بطريق الاقتضاء ثبت ما هو من لوازمه التي لا تنفك عنه شرعا وانما قال على ما هو الاصل لئلا يرد نكاح الكتابية والامة لانه من العوارض ورد بانا لا نسلم ثبوت النكاح بالاقتضاء لان المقتضى انما يثبت لتصحيح المقتضي لا محالة والمقتضي ههنا وهو النسب يصح بلا ثبوت المقتضى وهو النكاح بأن يكون عن وطء بشبهة أو يكون الولد ولد أم الولد فلم يفتقر ثبوت النسب إلى النكاح لا محالة وهذا سؤال فاسد نشأ من عدم فهم وجه الاستحسان فانه قال فيه المسئلة فيما اذا كانت معروفة بالحرية فلم يمكن ان تكون أم ولد وقال والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة وحينئذ لا يكون عن وطء بشبهة وهو ظاهر

(ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة امرأة فهي أم ولده) لان الحاجة الى تعيين الولد ويثبت ذلك بشهادة القابلة بالاجماع (ومن قال لغلام هو ابني ثم مات فجاءت أم الغلام وقالت أنا امرأته فهي امرأته وهو ابنه يرثانه) وفي النوادر جعل هذا جواب الاستحسان والقياس أن لا يكون لها الميراث لان النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء عن شبهة وبملك اليمين فلم يكن قوله إقرارا بالنكاح وجه الاستحسان ان المسئلة فيما اذا كانت معروفة بالحرية وبكونها أم الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة (ولو لم يعلم بأنها حرة فقالت الورثة أنت أم ولد فلا ميراث لها) لان ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق لا في استحقاق الميراث والله أعلم

﴿ باب الولد من أحق به ﴾

(واذا وقعت الفرقة بين الزوجين

تضاف الى أقرب الاوقات اذا لم تتضمن ابطال ما كان ثابتا بالدليل أو ترك العمل بالمقتضي أما اذا تضمنت فلا فعلى ما قلنا تم استقربت المسائل وجدت الامر عليه ففي ثبوت الطلاق في الصورتين الاولين ابطال ما كان ثابتا بيقين بلا يقين وفي الرجعة كذلك مع العمل بخلاف الدليل الدال على استكراه الرجعة بغير القول (قوله فهي أم ولده) بالاجماع لان سبب وجود النسب قد وجد وهو الدعوة والحاجة الى تعيين الولد وشهادة القابلة حجة في ذلك بالاجماع أي باتفاق أصحابنا هذا اذا ولدته لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار ولو ولدته لستة أشهر أو أكثر لا يلزمه لاحتمال انها حبلت بعد مقالة المولى فلم يكن المولى مدعيا هذا الولد بخلاف الاول لتيقننا بقيامه في البطن وقت القول فتحققنا بالدعوى (قوله يرثانه الخ) فان قيل ثبوت النكاح هنا اقتضائي فيثبت بقدر الضرورة وهي تصحيح النسب دون الارث قلنا النكاح غير متنوع الى ما هو سبب استحقاق الارث وما ليس كذلك بل هو ملزوم لاستحقاقه واذا ثبت الشئ ثبت بلازمه الشرعي وان لم يكن لازما بخلاف نكاح الامة والكتابية (قوله وجه الاستحسان ان المسئلة مفروضة فيما اذا كانت معروفة بحرية الاصل وانها أم الولد) واذا ثبت كونها حرة هي أم ابنه لزم كونه من نكاح صحيح عادة وعرفا لانه الموضوع لحصول الاولاد دون الفاسد والوطء بشبهة فهما احتمالان لا يعتبران في مقابلة الظاهر القوي وكذا احتمال كونه طلقها في صحته وانقضت عدتها لانه لما ثبت النكاح وجب الحكم بقيامه ما لم يتحقق زواله (قوله فلا ميراث لها) قال التمرتاشي ولكن لها مهر المثل لانهم أقروا بالدخول بها ولم يثبت كونها أم ولد بقولهم (قوله لا في استحقاق الارث) فلا يقضى به كالمفقود يجعل حيا في ماله حتى لا يرث غيره منه لا بالنسبة الى غيره حتى لا يرث مفقود من أحد

﴿ باب الولد من أحق به ﴾

لما ذكر ثبوت نسب الولد عقيب أحوال المعتدة ذكر من يكون عنده الولد (قوله واذا وقعت الفرقة الخ) هو على الاطلاق في غير ما اذا وقعت بردتها لحقت أو لا لانها تحبس وتجبر على الاسلام فان تابت فهي أحق

مناسبة هذا الباب لباب ثبوت النسب ظاهرة لا تحتاج الى بيان (واذا وقعت الفرقة بين الزوجين

(قوله ورد بأنا لا نسلم الخ) أقول صاحب الرد هو الاتقاني

﴿ باب الولد من أحق به ﴾

فالام أحق بالولد) لما روى ان امرأة قالت يارسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم أبوه انه ينزعه مني فقال عليه السلام أنت أحق به مالم تتزوجي ولان الام أشفق وأقدر على الحضانة فكان الدفع اليها أنظر واليه أشار الصديق بقوله ريقها خير له من شهد وعسل عندك ياعمر قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امرأته والصحابة حاضرون متوافرون (والنفقة على الاب) على مانذكر (ولا تجبر الام عليه) لانها عست تعجز عن الحضانة

به ومااذا لم تكن أهلا للحضانة بان كانت فاسقة أو تخرج كل وقت وتترك البنت ضائعة أو كانت أمة أو أم ولد أو مدبرة أو مكاتبة ولدت ذلك الولد قبل الكتابة أو متزوجة بغير محرم ومااذا كان الاب معسرا وأبت الام أن تربي الا بأجر وقالت العمة أنا أربي بغير أجر فان العمة أولى هو الصحيح (قوله فالام أحق بالولد) بالاجماع وان كانت كتابية أو مجوسية لان الشفقة لا تختلف باختلاف الدين (قوله لما روى ان امرأة) في سنن أبي داود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أن امرأة قالت يارسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وان أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به مالم تنكحي رواه الحاكم وصححه وعمرو هذا هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص فاذا أراد بجده محمدا كان مرسلا واذا أراد به عبد الله كان متصلا فلما لم ينص عليه يصير محتملا للارسال والاتصال وهنا نص على جده عبد الله وحجر الانسان بالفتح والكسر والحواء بالكسر بيت من الوبر والجمع الاحوية (قوله ولان الام أشفق عليه) إبداء الحكمة خصوص هذا الشرع وانما كانت أشفق عليه لانه كان جزأها حقيقة حتى قد يقرض بالمقراض وأقدر على الحضانة لاشتغالها بمصالحه والرجل أقدر على الاكتساب فلهذا جعلت نفقته عليه اذا لم يكن هو له مال وجعل عندها وقوله واليه أشار الصديق الخ يشير الى ما في موطا مالك حدثنا يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد قال كانت عند عمر امرأة من الانصار فولدت له عاصما ثم فارقها عمر رضي الله عنه فركب يوما الى قباء فوجد ابنه يلعب بفناء المسجد فأخذ بعضده فوضعه بين يديه على الدابة فأدركته جدة الغلام فنازعته اياه فأقبلا حتى أتيا أبا بكر فقال عمر هذا ابني وقالت المرأة ابني فقال أبو بكر خل بينه وبينها فما راجعه عمر الكلام وكذا رواه عبد الرزاق ورواه البيهقي وزاد ثم قال أبو بكر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا توله والدة عن ولدها وفي مصنف ابن أبي شيبة حدثنا ابن ادريس عن يحيى بن سعيد عن القاسم ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه طلق جميلة بنت عاصم بن ثابت بن أبي الافلح فتزوجت فجاء عمر فأخذ ابنه فأدركته شموس أم ابنة عاصم الانصارية وهي أم جميلة فأخذته فترافعا الى أبي بكر فقال خل بينها وبين ابنها فأخذته ولابن أبي شيبة أيضا عن عمر انه طلق أم عاصم ثم أتى عليها وفي حجرها عاصم فأراد أن يأخذه منها فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام فانطلقا الى أبي بكر فقال له مسحها وحجرها وريحها خير له منك حتى يشب الصبي فيختار لنفسه (قوله والنفقة على الاب على مانذكر) أي في باب النفقة وهذا ان كان حيا فان كان ميتا فعلى ذي الرحم الوارث على قدر المواريث (قوله ولا تجبر) يعني اذا طلبت الام فهي أحق به وان أبت لا تجبر على الحضانة وهو قول الشافعي وأحمد والثوري ورواية عن مالك وفي رواية أخرى وهو قول ابن أبي ليلى وأبي ثور والحسن بن صالح تجبر واختاره أبو الليث والهندواني من مشايخنا لان ذلك حق الولد قال تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين والمراد الامر وهو الوجوب والمشهور عن مالك لا تجبر الشريفة التي لا عادة لها بالارضاع وتجبر التي هي ممن ترضع فان لم يوجد غيرها أو لم يأخذ الولد ثدي غيرها أجبرت بلا خلاف ويجبر الاب على أخذ الولد بعد استغنائه عن الام لان نفقته وصيانته عليه بالاجماع ولنا قوله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له أخرى واذا اختلفا فقد تعاسرا فكانت الآية للندب أو محمولة على

فالام أحق بالولد لما روى عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده ان امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه فقالت ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم أبوه أنه ينزعه مني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به مالم تتزوجي ولان الام أشفق) عليه لزيادة اتصاله بها من حيث يقص منها بالمقص (وأقدر على الحضانة) بلزومها البيت فكان في التفويض اليها زيادة مرحمة لمن هو مظنتها (واليه أشار أبو بكر الصديق رضي الله عنه روي ان عمر خاصم أم عاصم بين يدي أبي بكر لينزع العاصم منها فقال له أبو بكر ريقها خير له من شهد وعسل عندك ياعمر قاله والصحابة حاضرون متوافرون ولم ينكر أحد (والنفقة على الاب) على ماسيجيء (قوله ولا تجبر الام عليه) أي على أخذ الولد اذا أبت أو لم تطلب لما ذكره الا ان لا يكون للولد ذو رحم محرم سوى الام فتجبر على حضانته لئلا يفوت حق الولد اذ الاجنبية لا شفقة لها عليه

(قوله الا أن لا يكون للولد ذو رحم محرم سوى الام فتجبر على حضانته لئلا يفوت حق الولد اذ الاجنبية لا شفقة لها عليه) أقول وفيه ان غير ذي الرحم المحرم لا يلزم أن يكون أجنبيا وجوابه لا يخفى

حالة

(فان لم تكن له أم) بأن ماتت أو تزوجت بأجنبى فانها كالمعدومة حينئذ (فأم الام وان بعدت) لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات لما ذكرنا من وفور شفقتهن فمن كانت تدلى اليه بأم فهى أولى ممن تدلى بأب ويستوى فى ذلك المسلمة والكافرة لان حق الحضانة باعتبار الشفقة وذلك لا يختلف باختلاف الدين على ماقيل كل شئ يحب ولده حتى الحبارى فان لم تكن له أم الام بالتفسير

(فان لم تكن له أم فأم الام أولى من أم الاب وان بعدت) لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات (فان لم تكن أم الام فأم الاب أولى من الاخوات) لانها من الامهات ولهذا تحرز ميراثهن السدس ولانها أوفر شفقة للولاد (فان لم تكن له جدة فالاخوات أولى من العمات والخالات) لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن فى الميراث وفى رواية الخالة أولى من الاخت لاب لقوله عليه السلام الخالة والدة وقيل فى قوله تعالى ورفع أبويه على العرش انها كانت خالته (وتقدم الاخت لاب وأم) لانها أشفق (ثم الاخت من الام ثم الاخت من الاب) لان الحق لهن من قبل الام (ثم الخالات أولى من العمات) ترجيحا لقرابة الام (وينزلن كما نزلنا الاخوات) معناه ترجيح ذات قرابتين ثم قرابة الام

حالة الانفاق وعدم التعاسر ولانها عسى أن تعجز عنه لكن فى الكافى للحاكم الشهيد الذى هو جمع كلام محمد لو اختلعت على أن تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز والشرط باطل لان هذا حق الولد أن يكون عند أمه ما كان اليها محتاجا هذا لفظه فأفاد أن قول الفقيه جواب الرواية وأما قوله تعالى فسترضع له أخرى فليس الكلام فى الارضاع بل فى الحضانة قال فى التحفة ثم الام وان كانت أحق بالحضانة فانه لا يجب عليها ارضاعه لان ذلك بمنزلة النفقة ونفقة الولد على الوالد الا أن لا يوجد من ترضعه فتجبر (قوله فان لم تكن) أى لم تكن له أم تستحق الحضانة بان كانت غير أهل للحضانة أو متزوجة بغير محرم أو ماتت فام الام أولى من كل أحد وان علت وعن أحمد أم الاب أولى وان استضعف بان أم الام تدلى بالام وهى المقدمة على الاب فمن يدلى بها اولا دا أحق ممن يدلى به فان لم تكن للام أم فأم الاب أولى ممن سواها وان علت وعند زفر الاخت الشقيقة أو الخالة أولى منها وعن مالك الخالة أولى من الجدة لاب لما فى الصحيحين ان عليا وجعفر الطيار وزيد بن حارثة اختصموا فى بنت حمزة فقال على أنا أحق بها هى ابنة عمى وقال زيد بنت أخى وقال جعفر بنت عمى وخالتها تحتى فقضى بها النبى صلى الله عليه وسلم لخالتها وقال الخالة بمنزلة الام وقال لعلى أنت منى وأنا منك وقال لجعفر أشبهت خلقى وخلقى وقال لزيد أنت أخونا ومولانا ورواه أبوداود وقال فيه انما الخالة أم ورواه اسحق بن راهويه وقال بعد قوله وأما أنت يازيد فأخونا ومولانا والجارية عند خالتها فان الخالة والدة قلنا هذا كله تشبيه فيحتمل كونه فى ثبوت الحضانة أو غيره الا أن السياق أفاد ارادة الاول فيبقى أعم من كونه فى ثبوت أصل الحضانة أو كونها أحق به من كل من سواها ولا دلالة على الثانى والاول متيقن فيثبت فلا يفيد الحكم بانها أحق من أحد بخصوصه أصلا ممن له حق فى الحضانة فيبقى المعنى الذى عينناه بلا معارض وهو ان الجدة أم ولهذا تحرز ميراث الام من السدس وغلبة الشفقة تتبع الولاد ظاهرا فكانت مقدمة على الاخوات والخالات فان لم تكن جدة سفلى ولا عليا فالاخوات أولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين وأولئك بنات الاجداد والجدات والشقيقة أولى من غيرها والتى لام أولى من الاخت لاب وبعد الاخت لاب الخالة وفى رواية كتاب الطلاق الخالة أولى من الاخت لاب لانها تدلى بالام وتلك بالاب وفى رواية كتاب النكاح الاخت لاب أولى من الخالة اعتبارا لقرب القرابة وتقديم المدلى بالام على المدلى بالاب عند اتحاد مرتبتهما قرباً فعلى رواية كتاب النكاح تدفع بعد الاخت لاب الى بنت الاخت الشقيقة ثم الى بنت الاخت لام ثم الى بنت الاخت لاب ثم الى الخالة الشقيقة ثم الى الخالة لام ثم لاب ثم العمات

المار فأم الاب أولى من الاخوات لانها من الامهات وهذه الولاية بالامومة (ولهذا) أى ولكون الجدة من الامهات (تحرز ميراث الامهات السدس ولانها أوفر شفقة للولاد) أى لاجل الولاد (فان لم تكن له جدة فالاخوات أولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن فى الميراث) وهذه رواية كتاب النكاح اعتبارا بقرب القرابة والاخت أقرب لانها ولد الاب والخالة ولد الجد وقال فى كتاب الطلاق والخالة أولى من الاخت لاب اعتبارا بالمدلى به فان الخالة تدلى بالام وقد تأيد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم الخالة والدة وقد قيل فى تفسير قوله تعالى ورفع أبويه على العرش انها كانت خالته وقوله (وتقدم الاخت لاب وأم) ظاهر ومعناه ان ذات قرابتين ترجح على ذات قرابة واحدة لما فيها من زيادة الشفقة قال فى النهاية ويجوز الترجيح بما لا يكون علة للاستحقاق ألا ترى ان الاخ لاب وأم مقدم فى العصوبة على الاخ لاب بسبب قرابة الام وقرابة الام ليست بسبب لاستحقاق العصوبة بها كذا فى المبسوط والجامع الصغير لقاضيخان وفيه نظر لان قرابة الام ليست بسبب لاستحقاق العصوبة بها أصلا بخلاف قرابة الاب فى استحقاق الحضانة فان لها ذلك عند عدم قرابة الام

(قوله فان لم تكن له أم الام بالتفسير المار) أقول يعنى المار بأسطر وهو قوله فان لم تكن له أم بان ماتت أو تزوجت بأجنبى الخ

قال (وكل من تزوجت من هؤلاء سقط حقها) كل من لها حق الحضانة ممن ذكرنا سقط حقها فيها اذا تزوجت لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به مالم تتزوجي ولان حق الحضانة للنظر للصغير وقد فات عند التزوج لان زوج الام يعطيه نزرا أي قليلا وينظر إليه شزرا أي نظر المبغض فلا نظر له اذ ذاك (الا الجدة اذا كان زوجها الجد لانه قائم مقام أبيه فينظر له وكذا كل زوج هو ذو رحم محرم من الولد) كالعم اذا تزوج بأم الولد (لقيام الشفقة نظرا الى القرابة القريبة ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية لان المانع قد زال فان لم تكن للصبي امرأة من أهله فاختصم فيه الرجال فأولاهم به أقربهم تعصيبا لان الولاية للاقرب وقد عرف الترتيب في موضعه) في باب الميراث وولاية الانكاح فان اجتمع اخوة لاب وأم فأصلحهم دينا وورعا أحق به لان ضمه إليه أنفع لانه يتخلق بأخلاقه فان تساووا فأكبرهم سنا أحق به لان حقه أسبق ثبوتا فعند التعارض يترجح به كذا في المبسوط غير أن الصغيرة لا تدفع إلى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم عند وجود محرم غير عصبة كالخال بل تدفع إلى الخال تحرزا عن الفتنة كذا روي عن محمد وذكر التمرتاشي فان لم يكن واحد من العصبة تدفع إلى الاخ لام عند أبي حنيفة ثم الى ذوي الارحام الاقرب فالاقرب وقال محمد لا حق لذكر من قبل النساء والتدبير للقاضي يدفع الى ثقة تحضنه وقوله (والام والجدة أحق بالغلام) واضح وذكر رواية الجامع الصغير لزيادة لفظ يستغني وحذف لفظ يستنجي وذكر ان المعنى واحد وهو ظاهر

تمام

(ثم العمات ينزلن كذلك وكل من تزوجت من هؤلاء يسقط حقها) لما روينا ولان زوج الام اذا كان أجنبيا يعطيه نزرا وينظر اليه شزرا فلا نظر قال (الا الجدة اذا كان زوجها الجد) لانه قام مقام أبيه فينظر له (وكذلك كل زوج هو ذو رحم محرم منه) لقيام الشفقة نظرا الى القرابة القريبة (ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية) لان المانع قد زال (فان لم تكن للصبي امرأة من أهله فاختصم فيه الرجال فأولاهم أقربهم تعصيبا) لان الولاية للاقرب وقد عرف الترتيب في موضعه غير ان الصغيرة لا تدفع الى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم تحرزا عن الفتنة (والام والجدة أحق بالغلام حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده وفي الجامع الصغير حتى يستغني فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده) والمعنى واحد لان تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء ووجهه أنه إذا استغنى يحتاج الى التأدب والتخلق بآداب الرجال وأخلاقهم والاب أقدر على التأديب والتثقيف

على هذا الترتيب ثم الى خالة الام لاب وأم ثم لام ثم لاب ثم الى عماتها على هذا الترتيب وخالة الام أولى من خالة الاب عندنا ثم خالات الاب وعماته على هذا الترتيب وقد تبين أن أولاد الاخوات لاب وأم أحق من الخالات والعمات وان الاخت لام أحق من ولد الاخت الشقيقة وبنات الاخت أولى من بنات الاخ لان بنت الاخت تدلي الى من له حق الحضانة وأما بنات الاعمام والعمات والاخوال والخالات فبمعزل عن حق الحضانة لان قرابتهن لم تتأكد بالمحرمية (قوله لما روينا) وهو قوله صلى الله عليه وسلم مالم تتزوجي والنزر القليل والشزر نظر المبغض ولو ادعى الاب أن الام تزوجت وأنكرت فالقول لها ولو أقرت بالتزوج الا أنها ادعت الطلاق وعود حقها فان لم تعين الزوج فالقول لها وان عينته لا يقبل قولها في دعوى الطلاق حتى يقر به الزوج (قوله فاختصم) المقصود انه اذا لم يكن للصغير امرأة من أهله أو وجب الانتزاع من النساء أخذه الرجال وأولاهم أقربهم تعصيبا لان الولاية عليه بالقرب ولذلك اذا استغنى عن الحضانة كان الاولى بحفظه أقربهم تعصيبا وقد عرف في موضعه أي في الفرائض وأولى العصبات الاب ثم الجد أبو الاب وان علا ثم الاخ الشقيق ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ الشقيق ثم ابن الاخ لاب وكذا كل من سفل من أولادهم ثم العم شقيق الاب ثم لاب فاما أولاد الاعمام فانه يدفع اليهم الغلام فيبدأ بابن العم لاب وأم ثم ابن العم لاب ولا تدفع الصغيرة اليهم لانهم غير محارم وانما يدفع اليهم الغلام واذا لم يكن للصغيرة عصبة تدفع الى الاخ لام ثم الى ولده ثم الى العم لام ثم إلى الخال لاب وأم ثم لاب ثم لام لان لهؤلاء ولاية عند أبي حنيفة رحمه الله في النكاح ويدفع الذكر الى مولى العتاقة لانه آخر العصبات ولا تدفع الانثى اليه ولو كان في المحارم من الاخوة والاعمام من لا يؤمن على صبي وصبية لفسقه ليس له حق في الامساك الكل من الكافي واذا اجتمع مستحقو الحضانة في درجة كاخوة وأعمام فأصلحهم أولى فان تساووا فأسنهم وفي الفتاوى الصغرى فان لم يكن عصبة فالى ذوي الارحام على الترتيب (قوله حتى يأكل الخ) الذي في الاصل حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده وفي بعض نسخ النوادر ويستنجي وحده فضمه المصنف الى ما تقدم وفي نوادر ابن رشيد ويتوضأ وحده وذكر شمس الائمة انه لابد من أن يستنجي وحده انه لابد منه ليحصل الاستغناء ثم من المشايخ من قال المراد من الاستنجاء

(قوله وان لم يكن للصبي امرأة من أهله فاختصم الرجال) أقول يعني فاختصم فيه الرجال

وقوله (اعتبارا للغالب) يعني ان الصبي في الغالب اذا بلغ سبع سنين يستغني عن الحضانة والتربية فحينئذ يستنجي وحده وقوله (تحتاج الى معرفة آداب النساء) كالغزل والطبخ وغسل الثياب ونحوها (والمرأة على ذلك أقدر من الرجل وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين) بالتزويج وولاية التزويج الى الاب والى الحفظ عن وقوع الفتنة (والاب فيه أقوى وأهدى) لان للرجال من الغيرة ماليس بالنساء فيتمكن الاب من حفظها على وجه لا تتمكن الام من ذلك وروى هشام عن محمد أنها اذا بلغت حد الشهوة تدفع الى الاب لتحقق الحاجة

الى الصيانة وحد الشهوة أن تبلغ إحدى عشرة سنة في قولهم كذا في النهاية وقال الفقيه أبو الليث حد الشهوة أن تبلغ تسع سنين وقيل إذا بلغت ست سنين أو سبع أو ثمان ان كانت عبلة وقوله (ومن سوى الام والجدة) يعني اذا كانت الصغيرة عند الاخوات أو الخالات أو العمات فانها تترك عندهن الى أن تبلغ حدا تشتهى على رواية القدوري وحتى تستغني على رواية الجامع الصغير فتأكل وحدها وتلبس وحدها لانها وان كانت تحتاج الى تعلم آداب النساء لكن فيه نوع استخدام الصغيرة وليس لغير الام والجدتين ولاية الاستخدام (ولهذا لا تؤاجرها للخدمة فلا يحصل المقصود) وهو التعليم (بخلاف الام والجدة لقدرتهما على الاستخدام شرعا والامة اذا أعتقها مولاها وأم الولد اذا أعتقت كالحرة في حق الولد لانهما حرتان أوان ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى والذمية أحق بولدها المسلم) بأن كان زوجها مسلما (مالم يعقل الاديان أو يخاف) بالرفع على الاستئناف وبالجزم عطفا على يعقل (أن يألف الكفر) لان الدفع اليها قبل ذلك أنظر للصبي وبعده يحتمل الضرر بانتقاش أحوال الكفر في ذهنه

والخصاف قدر الاستغناء بسبع سنين اعتبارا للغالب (والام والجدة أحق بالجارية حتى تحيض) لان بعد الاستغناء تحتاج الى معرفة آداب النساء والمرأة على ذلك أقدر وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين والحفظ والاب فيه أقوى وأهدى وعن محمد انها تدفع الى الاب إذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة الى الصيانة (ومن سوى الام والجدة أحق بالجارية حتى تبلغ حدا تشتهى وفي الجامع الصغير حتى تستغني) لانها لا تقدر على استخدامها ولهذا لا تؤاجرها للخدمة فلا يحصل المقصود بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليه شرعا قال (والامة إذا أعتقها مولاها وأم الولد إذا أعتقت كالحرة في حق الولد) لانهما حرتان أوان ثبوت الحق (وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما) عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى (والذمية أحق بولدها المسلم مالم يعقل الاديان أو يخاف أن يألف الكفر)

تمام الطهارة بان يطهر وجهه وحده بلا معين ومنهم من قال بل من النجاسة والام يقدر على تمام الطهارة (قوله والخصاف رحمه الله قدر الاستغناء بسبع سنين) وعليه الفتوى كذا في الكافي وغيره لا ماقيل انه يقدر بتسع لان الاب مأمور بان يأمره بالصلاة اذا بلغها وانما يكون ذلك اذا كان الولد عنده ولو اختلفا فقال ابن سبع وقالت ابن ست لا يحلف القاضي أحدهما ولكن ينظر ان كان يأكل وحده ويلبس وحده دفع والا فلا (قوله وعن محمد رحمه الله انها تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوة) وهي رواية هشام عنه وفي غياث المفتي الاعتماد على رواية هشام عن محمد لفساد الزمان وعن أبي يوسف مثله واختلف في حد الشهوة ليبنى عليها أخذ الاب وثبوت حرمة المصاهرة قالوا بنت تسع مشتهاة وخمس ليست مشتهاة وست وسبع وثمان ان كانت عبلة مشتهاة والا فلا (قوله ومن سوى الام والجدة) يعني الجدتين من قبل الام والاب (قوله لانها لا تقدر على استخدامها) شرعا وتعليم آداب النساء من الخبز والطبخ والغزل وغسل الثياب انما يحصل بالاستخدام (بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليه شرعا) ولذا جاز أن تؤاجرها قال الحاكم الجليل الشهيد فان كانت البكر دخلت في السن واجتمع عقلها ورأيها وأخوها مخوف عليها فلها أن تنزل حيث أحبت في مكان لا يتخوف عليها (قوله والامة إذا أعتقها مولاها وأم الولد إذا أعتقت كالحرة في حق الولد) وحال الحرة فيه انه ان كان الولد رقيقا كان مولاه أحق به منها وان كان حرا كانت أحق به من الزوج بعد الطلاق ومن مولاه ان كان له مولى أعتقه ومن مولاها ان كان ابنها منه قبل عتقها ولو فارقها زوجها وهي أمة فالولد لمولاها وهو أولى به من الاب لانه مملوكه وكذا إذا كان الزوج حرا ولم يفارق أمه فالمولى أحق بالولد لكن لا يفرق بينه وبين أمه للنهي عن ذلك ذكره في الكافي وفي التحفة المكاتبة ان ولدت قبل الكتابة لا حق لها وان ولدت بعده فهي أولى به لدخوله تحت الكتابة (قوله ويخاف) بالرفع استئنافا وفي بعض النسخ أو يخف بالجزم عطفا على يعقل وتمنع ان تغذيه الخمر أو لحم الخنزير وان خيف ضم الى ناس من المسلمين ويروى بالنصب أيضا على معنى الى ان يخاف مثله في قوله لالزمنك أو تقضيني حقي ولكن هذا في أو لا الواو وقال الشافعي وأحمد ورواية عن مالك لا حضانة لها والمشهور عن مالك كقولنا وهو قول ابن القاسم وأبي

قال المصنف (أو يخاف أن يألف الكفر) أقول قال ابن الهمام ويروى بالنصب أيضا على معنى الى أن يخاف مثله في قولك لالزمنك أو تقضيني حقي ولكن هذا في أو لا في الواو اهـ والموجود في نسختنا هو أو

للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده (ولاخيار للغلام والجارية) وقال الشافعي لهما الخيار لان النبي عليه السلام خير ولنا انه لقصور عقله يختار من عنده الدعة لتخليته بينه وبين اللعب فلا يتحقق النظر وقد صح ان الصحابة لم يخيروا أما الحديث فقلنا قد قال عليه السلام اللهم اهده فوفق لاختياره الانظر بدعائه عليه السلام أو يحمل على ما اذا كان بالغا

ور وقوله للنظر قبل ذلك دافع لقولهم وحاصله ان الانظر للصغير ان يكون عند الام لوفور شفقتها وزيادة قدرتها على التبتل بملاحظته ومصالحه وما فيه من احتمال الضرر الديني يرتفع بما ذكرنا (قوله ولاخيار للغلام) يعني إذا بلغ السن الذي يكون الاب أحق به كسبع مثلا أخذه الاب ولا يتوقف على اختيار الغلام ذلك وعند الشافعي يخير الغلام في سبع أو ثمان وعند أحمد واسحق يخير في سبع فاذا اختار أحدهما وسلم اليه ثم اختار الآخر فله ذلك فان عاد واختار الاول أعيد اليه هكذا أبدا قال في المغني وهذا لم يقل به أحد من السلف والمعتوه لا يخير ويكون عند الام (قوله لان النبي صلى الله عليه وسلم خير) أخرج الاربعة عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين أبيه وأمه قال الترمذي حديث حسن صحيح ولابي داود والنسائي فيه قصة لابي هريرة قبل ان يروي الحديث حاصلها انه خير غلاما في واقعة رفعت إليه ثم روى الحديث ولفظه سمعت امرأة جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم وأنا قاعد عنده فقالت يارسول الله ان زوجي يريد ان يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عنبة وقد نفعني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم استهما عليه فقال زوجها من يحاقني في ولدي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به واستدل المصنف بالمعنى على عدم التخيير وهو ظاهر وأجاب عن الحديث بوجهين أحدهما انه صلى الله عليه وسلم دعا ان يوفق لاختيار الانظر على مارواه أبو داود في الطلاق والنسائي في الفرائض عن عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سنان أنه أسلم وأبت امرأته ان تسلم فجاآ بابن لهما صغير لم يبلغ فأجلس النبي صلى الله عليه وسلم الاب هنا والام هنا ثم خيره وقال اللهم اهده فذهب الى أبيه وفي لفظ آخر انه أسلم وأبت امرأته ان تسلم فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتي وهي فطيم وقال رافع ابنتي فأقعد النبي صلى الله عليه وسلم الام ناحية والاب ناحية وأقعد الصبية ناحية وقال لهما ادعواها فمالت الصبية الى أمها فقال صلى الله عليه وسلم اللهم اهدها فمالت الى أبيها فأخذها وأخرجه الدارقطني من طريق أبي عاصم النبيل عن عبد الحميد وسمى البنت عميرة وأخرج ابن ماجه والنسائي في سننه عن اسمعيل بن ابراهيم ابن علية رضي الله عنهم حدثنا عثمان البتي عن عبد الحميد بن سلمة عن أبيه عن جده أبي سلمة أن أبوين اختصما في ولد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدهما كافر فخيره النبي صلى الله عليه وسلم فتوجه الى الكافر فقال اللهم اهده فتوجه الى المسلم فقضى له به قال ابن القطان بعد ذكر الروايتين اختلف في انه غلام أو جارية ولعلهما قضيتان قال وقد روي من طريق عثمان البتي عن عبد الحميد ابن سلمة عن أبيه عن جده أن أبويه اختصما فيه رواه ابن أبي شيبة ورواه غيره وقال فيه عبد الحميد عن يزيد بن سلمة ولا يصح ذلك لان عبد الحميد بن سلمة وأباه وجده لا يعرفون ولو صحت لا ينبغي ان يجعل خلافا لرواية أصحاب عبد الحميد بن جعفر عن عبد الحميد بن جعفر فانهم ثقات وهو وأبوه ثقتان وجده رافع بن سنان معروف وأفاد ان المراد بقوله عن أبيه عن جده جد أبيه قال فانه عبد الحميد بن جعفر بن عبد الله بن الحكم بن سنان ونحن نقول انه اذا اختار من اختاره الشرع دفع له لكن الوقوف على ذلك متعذر بتخيير غيره صلى الله عليه وسلم مع دعائه فيجب بعده صلى الله عليه وسلم اعتبار مظنة الانظرية وهو ما قلنا ثانيهما انه كان بالغا بدليل الاستقاء من بئر أبي عنبة ومن دون البلوغ لا يرسل الى الآبار للاستقاء للخوف عليه من السقوط فيه لقلة عقله وعجزه عنه غالبا ونحن نقول إذا بلغ فهو مخير بين

(ولاخيار للغلام والجارية) يعني بين الابوين (وقال الشافعي لهما ذلك) اذا بلغ سن التميز ويسلم الى من اختاره فان اختار الاب لا يمنع من الزيارة وان اختار الام فعلى الاب مراعاته وتسليمه الى المكتب والحرفة (لان النبي صلى الله عليه وسلم خير) غلاما بين الابوين روى رافع بن سنان انه أسلم وأبت امرأته أن تسلم فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتي وهي فطيم وقال رافع ابنتي فقال النبي صلى الله عليه وسلم اقعد ناحية وقال لها اقعدي ناحية فأقعد الصبية بينهما ثم قال ادعواها فمالت الصبية الى أمها فقال النبي صلى الله عليه وسلم اللهم اهدها فمالت الى أبيها فأخذها (ولنا أنه لقصور عقله يختار من عنده الدعة) أي الخفض والراحة وكلامه واضح ولكن قوله (أو يحمل على ما اذا كان بالغا) فيه نظر لان المذكور في قصة الصبية وقالت ابنتي وهي فطيم فكيف يصح حمله على ما إذا كان بالغا والجواب أن المصنف قال خير ولم يقل غلاما ولا غيره ليتناول ما رويناه وما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين الابوين من غير ذكر ما يدل على الصغر فأول المصنف رحمه الله الاول بقوله قلنا قد قال عليه السلام الخ والثاني بقوله أو يحمل على ما إذا كان بالغا

ان

﴿ فصل ﴾ (وإذا أرادت المطلقة ان تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك) لما فيه من الاضرار بالاب (الا ان تخرج به الى وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه) لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا قال عليه السلام من تأهل ببلدة فهو منهم ولهذا يصير الحربي به ذميا

ان ينفرد بالسكنى وبين ان يكون عند أيهما أراد اللهم الا أن يبلغ سفيها مفسدا فحينئذ يضمه الى نفسه اعتبارا لنفسه بماله ولا نفقة له على الاب الا أن يتطوع أما الجارية فان بلغت بكرا ضمها الى نفسه وان بلغت ثيبا فلها ان تنفرد بالسكنى الا أن تكون غير مأمونة على نفسها لا يوثق بها فللاب ان يضمها اليه وكذا الاخ والعم الضم إذا لم يكن مفسدا وإن كان فحينئذ يضعها القاضي عند امرأة ثقة ولهذا صح ان الصحابة رضي الله عنهم لم يخيروا على ما تقدم من قصة عمر مع أبي بكر وما أسند عبد الرزاق عن عمر انه خير ابنا بين أبيه وأمه فاختار أمه فانطلقت به محمول على انه عرف ميل الابن الى أمه وهي في الواقع أحق بحضانته فأحب تطييب قلب الاب من غير مخالفة للشرع فخيره يدل عليه ما تقدم انه لم يراجع أبا بكر الكلام والجواب ان عدم المراجعة ليس دليلا لان أبا بكر كان اماما يجب نفاذ ما يحكم به من رأيه وان خالف رأي المحكوم عليه فالوجه ما ذكرنا الموافق المروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مما قدمناه أول الباب

﴿ فصل ﴾ اذا ثبت حق الحضانة للام فأرادت أن تخرج بالولد الى بلد آخر والنكاح قائم كان للزوج منعها لان حق السكنى له بعد ايفاء معجل المهر خصوصا بعد ما خرجت معه وان كانت بائنة وقد انقضت عدتها فلا يخلو من كون البلدة التي تريد الخروج اليها بلدها وقد وقع العقد فيها أولا ففي الاول ليس للاب منعها وان بعدت كالكوفة من الشام الا أن تكون دار حرب وهو مسلم أو ذمي وان كانت هي حربية ولو كان كلاهما مستأمنا جاز لها ذلك لانه لما عقد النكاح به فالظاهر انه يقيم به غير انه اذا خرج بعد ذلك وقد أعطاها المهر وجب عليها المتابعة أو تابعته بلا وجوب واذا زالت الزوجية لم تجب المتابعة فيعود الامر الى الاول ولو كانت الاولاد غيبا بأن تزوجها مثلا بالبصرة فولدت له أولادا فخرج بهم إلى الكوفة ثم طلقها فخاصمته فيهم ليردهم اليها فان أخرجهم باذنها ليس عليه أن يجيء بهم اليها ويقال لها اذهبي اليهم فخذيهم وان كان بغير اذنها فعليه أن يجيء بهم اليها وفي الثاني له منعها سواء كان مصرها ولم يعقد فيه أو عقد فيه وليس مصرها على أصح الروايتين كما سيذكره المصنف الا أن تخرج الى مصر قريب بحيث لو خرج الاب لمطالعة الولد أمكنه أن يبيت في أهله أو قريته كذلك وكان العقد في قرية لانه كالانتقال من حارة إلى حارة وإن لم يكن العقد في قرية بل مصر فليس لها اخراجه إلى القرية القريبة هذا فيما بين الاب والام أما لو كانت الام ماتت وصارت الحضانة للجدة فليس لها أن تنتقل بالولد إلى مصرها لانه لم يكن بينهما عقد وكذا أم الولد اذا أعتقت لا تخرج الولد من المصر الذي فيه الغلام لانه لا عقد بين الاب وأم الولد ولنتكلم على فصول الكتاب (**قوله** قال رسول الله صلى الله عليه وسلم) في مسند ابن أبي شيبة حدثنا المعلى بن منصور عن عكرمة بن إبراهيم الازدي عن عبد الرحمن بن الحرث بن أبي ذباب أن عثمان رضي الله عنه صلى بمنى أربعا ثم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من تأهل في بلدة فهو من أهلها يصلي صلاة المقيم واني تأهلت منذ قدمت مكة ورواه أبو يعلى كذلك ولفظه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اذا تزوج الرجل ببلد فهو من أهله وانما أتممت لاني تزوجت بها منذ قدمتها وقد ضعف عكرمة الازدي (ولهذا يصير الحربي به ذميا) ظاهره ان بالتزوج يصير الحربي ذميا ودفع في الكافي بانه خلاف المصرح به بل لا يصير الحربي بالتزوج في دار الاسلام ذميا لانه لا يستلزم التزام المقام لتمكنه من الطلاق والعود وانما ذلك في الحربية اذا تزوجت في دار الاسلام تصير ذمية لعدم كون الطلاق في يدها فيكون التزاما وانما يصح حمل الحربي على ارادة

﴿ فصل ﴾ لما فرغ من بيان من له الحضانة بين ما يفعله من الاخراج الى القرى وغيره في فصل على حدة (واذا أرادت المطلقة) بعد انقضاء العدة (أن تخرج من المصر) فذلك على أربعة أقسام إما أن تخرج الى وطنها وقد وقع العقد فيه وإما أن تخرج الى ما ليس وطنها ولم يقع فيه العقد واما أن تخرج الى وطنها ولم يقع العقد فيه واما أن تخرج الى غير وطنها وقد وقع العقد فيه فهي الاقسام العقلية فان اتفق أمران جميعا بأن تخرج الى وطنها وقد وقع العقد فيه جاز والا فلا كما ذكر في الكتاب وقوله (لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا) دليل المستثنى وقوله (ولهذا يصير الحربي) أي الشخص الحربي ذكرا كان أو أنثى (به) أي بالتزوج في بلدة (ذميا)

﴿ فصل ﴾ واذا أرادت المطلقة)

قال فى النهاية وهذا وقع غلطا لان المصنف ذكر فى السير وذكر أيضا فى سير سائر الكتب اذا تزوج المستأمن ذمية لا يصير ذميا لانه يمكنه أن يطلقها فيرجع وأجيب بان الضمير فى به راجع الى التزام المقام وفيه نظر لانه يؤل الى أن يقال انه بالتزوج فى بلد التزم المقام وبالتزام المقام يصير الحربى ذميا ويلزم منه انه بالتزوج فى بلد يصير الحربى ذميا فعاد المحظور وان لم يجعل متعلقا بذلك ينقطع الكلام عما قبله ولا يبقى له اتصال فى محل البحث فلا يليق ذلك بمثل المصنف وغير بعضهم لفظ الحربى الى الحربية ويجوز أن يقال لا حاجة الى تغيير اللفظ لجواز أن يكون الحربى صفة لشخص كما قدرنا فى أول البحث وحينئذ يراد به الحربية ولكن ذكره بتأويل الشخص وبهذا يخرج عن كونه غلطا الى كونه ملبسا ومنهم من جعل من باب القياس والاستحسان فجعل ماذكره ههنا وجه القياس لان التزوج فى بلد يصلح دليلا على التزام المقام فيه شرعا وعرفا لاسيما اذا كانت المرأة ممنوعة عن الخروج عن تلك البلدة وما ذكر فى السير وجه الاستحسان لان التزوج وان صلح دليلا على التزام المقام كتزوج الحربية للذمى الا ان قبول الجزية الموجب للذل والصغار مانع ورد بان هذا القياس والاستحسان غير منقول عن السلف فلا يصح بناء الجواب على ذلك وأجاب شيخ شيخى العلامة عبد العزيز بانه لما وجد معنى القياس والاستحسان لا وجه الى المنع من إطلاق الاسم عليهما وأقول ان ثبت فى حربى يتزوج فى بلد المسلمين أن يصير به ذميا روايتان صح استخراج وجه القياس والاستحسان والا فلا وقوله فى الكتاب يريد به القدورى ووجه كل مما فى القدورى والجامع الصغير ماذكره فى الكتاب وهو واضح وأما فى عكس هذه المسئلة وهى أن تخرج الى وطنها ولم يكن العقد بها فليس لها أن تنتقل بالاولاد اليها باتفاق الروايات وأما القسم الآخر وهو مالا يكون وطنها ولا وقع العقد فيه فقد اقتصر عن ذكره لظهوره من الاقسام الباقية (قوله والحاصل) ظاهر مما ذكرنا قال صاحب النهاية بعد وجود هذين لا يحرز الوصفين لابد من وصف آخر هو شرط فيه أيضا وهو ان لا ينتقل الى دار الحرب وان كانت وطنها او وقع العقد فيها وفيه نظر لان الحربية بالتزوج فى دار الاسلام تصير ذمية فانى يتسنى لها الانتقال اليها والجواب ان مراده مسلم عقد على مسلمة فى وطنها دار الحرب فخرجا الينا وقعت الفرقة فيما بينهما فأرادت الخروج الى دار الحرب بولدها لم تمكن من ذلك وان وجد الامران جميعا والباقى ظاهر

وان أرادت الخروج الى مصر غير وطنها وقد كان التزوج فيه أشار فى الكتاب الى انه ليس لها ذلك وهذا رواية كتاب الطلاق وقد ذكر فى الجامع الصغير أن لها ذلك لان العقد متى وجد فى مكان يوجب أحكامه فيه كما يوجب البيع التسليم فى مكانه ومن جملته ذلك حق امساك الاولاد وجه الاول أن التزوج فى دار الغربة ليس التزاما للمكث فيه عرفا وهذا أصح والحاصل انه لابد من الامرين جميعا الوطن ووجود النكاح وهذا كله إذا كان بين المصرين تفاوت أما اذا تقاربا بحيث يمكن للوالد أن يطالع ولده ويبيت فى بيته فلا بأس به وكذا الجواب فى القريتين ولو انتقلت من قرية المصر الى المصر لا بأس به لان فيه نظرا للصغير حيث يتخلق بأخلاق أهل المصر وليس فيه ضرر بالاب وفى عكسه ضرر بالصغير لتخلقه بأخلاق أهل السواد فليس لها ذلك

الشخص الحربى فيصح مرادا به الحربية ويجوز أن يكون مرجع الضمير التزام المقام قال وهو ظاهر لوسيق الكلام له وفى النهاية وجدت بخط شيخى ليس فى النسخة التى قوبلت مع نسخة المصنف هذه الجملة بل اتصل قوله وان أرادت الخروج بقوله فهو منهم وماذكر ههنا فى بعض النسخ وقع سهوا انتهى وعلى هذا لا حاجة الى تكلف توجيهه مما قلنا وبغيره وتحميل المصنف إياه مع أنه لا يصح لان مرجع الضمير إن كان التزوج فهو تزوج الرجل فلا يصح الاستيضاح بتزوج المرأة الحربية على صيرورته من أهلها والحال ان صيرورتها كذلك لامر يخصها لا يوجد فى حقه وان كان التزام المقام فليس السوق لاثباته (قوله أشار فى الكتاب) أى القدورى وقيل المبسوط والاول أولى لانه معتاد المصنف ولا يستفاد الثانى لعدم المعهودية ووجهه ان قوله الا أن تخرج بهم الى وطنها يفيد ان غيره داخل فى الحظر والذى وقع فيه التزوج غير وطنها وقوله وهو رواية كتاب الطلاق أى من الاصل وفى العكس وهو ما اذا أرادت الانتقال الى مصرها ولم يقع فيه العقد لم يكن لها الانتقال به باتفاق الروايات (قوله كما يوجب البيع التسليم فى مكانه) أى اذا كان المبيع فى ذلك المكان لا مطلقا فان فى الفتاوى من باع شعيرا او الشعير فى القرية والمشترى يعلم ذلك يستحق تسليمه فى مكانه لا فى مكان العقد وان لم يعلم فهو بالخيار ان شاء تسلمه فى مكانه وان شاء فسخ ولو تعين مكان العقد لم يكن له خيار فكذا حق امساك الاولاد لان الاولاد من ثمرات النكاح فيجب مراعاة الثمرات فى مكان العقد اعتبارا للثمرات بالاحكام من وجوب التسليم والتسلم (قوله تفاوت) أى بعد وفى عكسه وهو أن ينتقل من المصر الى القرية

(قوله ويجوز أن يقال لا حاجة الى قوله لان التزوج فى بلد يصلح دليلا على التزام المقام فيه شرعا) أقول ولا يخفى عليك ما فيه مع انه مخالف لما ذكره المصنف فى وجه ما فى مختصر القدورى ان التزوج فى دار الغربة ليس التزاما للمكث فيه عرفا فتأمل فى جوابه (قوله وأقول ان ثبت فى الحربى الخ) أقول فيه تأمل (قوله وفيه نظر لان الحربية بالتزوج الخ) أقول فيه ان الفرض وقوع العقد فى دار الحرب فكيف يتمشى النظر

لما فرغ من بيان حق الحضانة للولد ومن لها الحضانة احتاج الى بيان النفقة ومن تجب عليه ثم استطرد بذكر ما يحتاج اليه من السكنى وغيره والنفقة اسم بمعنى الانفاق وهو عبارة عن الادرار على الشئ بما به يقوم بقاؤه ونفقة الشخص على غيره تجب باسباب منها الزوجية ومنها النسب ومنها الملك وفتح الباب بنفقة الزوجات لان الزوجية أصل النسب فيقدم عليه (٤٣١) والنسب أقوى من الملك لان النفقة على الولد كالانفاق على نفسه لكونه جزأ منه وكذا على الوالدين قال (النفقة واجبة للزوجة على الزوج مسلمة كانت أو كافرة إذا سلمت نفسها الى منزله) قال في النهاية هذا الشرط ليس بلازم في ظاهر الرواية فانه ذكر في المبسوط وفي ظاهر الرواية بعد صحة العقد النفقة واجبة لها وان لم تنتقل الى بيت الزوج ألا ترى أن الزوج لو لم يطالب انتقالها الى بيته كان لها ان تطالبه بالنفقة وقال في الايضاح وهذا لان النفقة حق المرأة والانتقال حق الزوج فاذا لم يطالبها بالنقلة فقد ترك حقه وهذا لا يوجب بطلان حقها (والاصل في ذلك) أي في وجوب النفقة (قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته) أمر بالانفاق والامر للوجوب (وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) أي بالوسط وقال الزجاج في تفسيره بما يعرفون انه العدل على قدر الامكان وكلمة على

﴿ باب النفقة ﴾

قال (النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت أو كافرة اذا سلمت نفسها الى منزله فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها) والاصل في ذلك قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله عليه السلام في حديث حجة الوداع ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس

لا يجوز وان كانت القرية قريبة الا اذا وقع العقد فيها وهي قريتها فحينئذ لها ذلك ذكره في شرح الطحاوي وفي شرح البقالي ليس لها ذلك بحال وقع العقد هناك أولا والاول هو المنصوص ذكر الحاكم الشهيد في الكافي الذي هو كلام محمد اذا كان أصل النكاح في رستاق وله قرى متفرقة فأرادت أن تخرج بهم من قرية الى قرية فلها ذلك ان كانت القرى قريبة ينظر بعضها الى بعض ما لم يكن ذلك يقطعه عن أبيه اذا أراد أن ينظر اليه من يومه واذا أرادت أن تخرجه من مصر جامع الى قرى ان كانت قريبة منها فليس لها ذلك الا أن يكون النكاح وقع في تلك القرى وفيه أيضا وليس للمرأة أن تشتري لولدها وتبيع وان كانت أحق به إلا أن تكون وصية والله أعلم

﴿ باب النفقة ﴾

النفقة مشتقة من النفوق وهو الهلاك نفقت الدابة نفوقا هلكت أو من النفاق وهو الرواج نفقت السلعة نفاقا راجت وذكر الزمخشري أن كل ما فاؤه نون وعينه فاء يدل على معنى الخروج والذهاب مثل نفق ونفر ونفخ ونفس ونفي ونفد وفي الشرع الادرار على الشئ بما به بقاؤه ثم نفقة الغير تجب على الغير بأسباب الزوجية والقرابة والملك فبدأ بالزوجات اذ هي الاصل في ثبوت النفقة للولد لانه فرعها ثم بالسبب الابعد والاصل في ذلك قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف مرجع الضمير للوالدات المتقدم ذكرهن قيل هي الزوجات وقيل هي المطلقات والاول هو الظاهر وقال تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما آتاها وقال تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وقرأ ابن مسعود أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم وقال النبي صلى الله عليه وسلم في خطبته بعرفة في حجة الوداع كما قدمناه في ضمن حديث جابر الطويل في الحج فاتقوا الله في النساء فانهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه فان فعلن فاضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف رواه مسلم وغيره وفي الصحيحين ان هندا بنت عتبة قالت يا رسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني الا ما آخذ من ماله بغير علمه فقال صلى الله عليه وسلم خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك والاحاديث كثيرة في الباب وعليه اجماع العلماء وما نقل عن الشعبي رحمه الله من قوله ما رأيت

للوجوب (وقوله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع) أوصيكم بالنساء خيرا فانهن عندكم عوان اتخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله وان لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدا وأن لا يأذن في بيوتكم لاحد تكرهونه فاذا فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح (و) ان (لهن عليكم نفقتهن وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس

﴿ باب النفقة ﴾

أقول النفقة في الشرع الادرار على الشئ بما به بقاؤه

فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه أصله القاضي والعامل فى الصدقات) ونوقض بالرهن فانه محبوس بحق مقصود للمرتهن وهو الاستيثاق ونفقته ليست عليه بل هى على الراهن وأجيب بأن الرهن محبوس بحق الراهن أيضا وهو كونه موفيا عند الهلاك ولهذا لم تجب النفقة على المرتهن (وهذه الدلائل) يعنى التى ذكرها من الكتاب والسنة (لا فصل فيها فيستوى المسلمة والكافرة ويعتبر فى ذلك حالهما) هذا لفظ القدورى قال المصنف (وهذا) أى اعتبار حالهما فى ذلك (اختيار الخصاف وعليه الفتوى وتفسيره) أى تفسير قول الخصاف وهو على أربعة أقسام قسمة عقلية اما ان يكونا موسرين أو معسرين أو الزوج موسرا والزوجة معسرة أو بالعكس من ذلك ففى الاول تجب نفقة اليسار وفى الثانى نفقة الاعسار وفى الثالث نفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات اذا كان الزوج يأكل الحلوى والحمل المشوى والباجات والمرأة كانت تأكل فى بيتها خبز الشعير لا يؤمر الزوج بأن يطعمها ما يأكل بنفسه ولا ما كانت المرأة تأكل فى بيتها ولكن يطعمها فيما بين ذلك يطعمها خبز البر وباجة أو باجتين ولم يذكر المصنف القسم الرابع لانه يعلم من القسم الثالث فان الخصاف ذكر فى كتابه يفرض لها نفقة صالحة يعنى وسطا فيقال له تكلف ان تطعمها خبز البر وباجة أو باجتين كى لا يلحقها الضرر ولم يزد على ما فهم من القسم الثالث من توسيط الحال وقال وفى ظاهر الرواية يقول لما زوجت نفسها من معسر فقد رضيت بنفقة المعسرين فلا تستوجب على الزوج الا بحسب حاله

فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه أصله القاضى والعامل فى الصدقات وهذه الدلائل لا فصل فيها فتستوى فيها المسلمة والكافرة (ويعتبر فى ذلك حالهما جميعا) قال العبد الضعيف وهذا اختيار الخصاف وعليه الفتوى وتفسيره انهما إذا كانا موسرين تجب نفقة اليسار وان كانا معسرين فنفقة الاعسار وان كانت معسرة والزوج موسرا فنفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات

أحدا جبر على نفقة أحد يجب تأويله والله أعلم بصحته (قوله وكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره) أى لمنفعة ترجع الى غيره كان نفقته عليه فخرج الرهن فان نفقته على الراهن لان منفعة حبسه ليست متمحضة للمرتهن بل مشتركة وخرج المنكوحة نكاحا فاسدا حتى لو تعجلت نفقة شهر ثم ظهر انه فاسد رجع عليها بما أخذت أما لو أنفق عليها بلا فرض القاضى فلا يرجع وفى الفتاوى رجل اتهم بامرأة فظهر بها حبل فزوجت منه فان لم يقر بأن الحبل منه كان النكاح فاسدا عند أبى يوسف وعندهما صحيح فتستحق النفقة وذكر فى موضع آخر لا تستحقها عندهما أيضا لانه ممنوع عن وطئها ولو أقر انه منه تجب النفقة بالاتفاق لصحة النكاح عند الكل وحل وطئها وتقدم أصله فى المحرمات والله أعلم (قوله أصله العامل فى الصدقات) والمفتى والوالى والقاضى والمضارب اذا سافر بمال المضاربة والمقاتلة اذا قاموا بدفع عدو المسلمين والنساء محبوسات صيانة للمياه عن الاشتباه فتجب نفقتهن عليهم مسلمات كن أولا ولو غنيات وقوله اذا سلمت نفسها فى منزله ليس شرطا لازما فى ظاهر الرواية بل من حين العقد الصحيح وان لم تنتقل الى منزل الزوج اذا لم يطلب الزوج انتقالها فان طلبه فامتنعت لحق لها كمهرها لا تسقط النفقة أيضا وان كان لغير حق حينئذ لا نفقة لها لنشوزها وقال بعض المتأخرين لا نفقة لها حتى تزف الى منزل الزوج وهو رواية عن أبى يوسف واختارها القدورى وليس الفتوى عليه وقول الاقطع الشيخ أبى نصر فى شرحه ان تسليمها نفسها شرط بالاجماع منظور فيه ثم قرره على وجه يرفع الخلاف وهو انه اذا لم ينقلها الى بيته ولم تمتنع هى تجب النفقة لانها سلمت نفسها ولكنه رضى ببطلان حقه حيث ترك النقلة فلا يسقط حقها (قوله وعليه الفتوى) اختار المصنف قول الخصاف وقول الكرخى هو ظاهر الرواية وقال به جمع كثير من المشايخ ونص عليه محمد رحمه الله وقال فى التحفة انه الصحيح ولا خلاف فى وجوب نفقة اليسار فى يسارهما والاعسار فى اعسارهما وانما يظهر الخلاف فى الاختلاف كما اذا كانت موسرة وهو معسر فعلى مختار المصنف يجب فى الاول نفقة فوق نفقة المعسرة ودون نفقة الموسرة وكذا فى عكسه وعلى ظاهر الرواية يجب فى الاول نفقة الاعسار لانها وان كانت موسرة لما تزوجت معسرا فقد رضيت بنفقة المعسرين وفى الثانى نفقة الموسرين والمصنف لم يذكر تمام الاقسام التى بها يتم تفسير قول الخصاف بل ترك ما اذا كانت موسرة والزوج معسر وكانه لاتحاد جوابه بجواب ما ذكره وهو ما اذا كانت معسرة وهو موسر وكان الاولى حينئذ ان يقول فان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا واقتصر فى الاستدلال لمذهب الخصاف على حديث هند وقال فيه اعتبر حالها ووجهه انه يصلح ردا لاعتبار حاله فقط يعنى اذا ثبت اعتبار حالها فى هذا الحديث بطل قولكم يعتبر حاله فقط ثم اعتبار حاله ثابت لابد منه باتفاق القائلين القائل باعتبار حاله والقائل باعتبار حالهما فيلزم اعتبار حالهما ويرد عليه ان حديث هند

خبر

(قوله فان الخصاف ذكر فى كتابه يفرض لها نفقة) أقول يعنى القاضى يفرض لها نفقة

وقال الكرخي يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وجه الاول قوله عليه السلام لهند امرأة أبي سفيان خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها وهو الفقه فان النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة ونحن نقول بموجب النص انه يخاطب بقدر وسعه والباقي دين في ذمته ومعنى قوله بالمعروف الوسط وهو الواجب وبه يتبين أنه لا معنى للتقدير كما ذهب اليه الشافعي انه على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف مد

(وقال الكرخي يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي) وهو ظاهر الرواية عن أصحابنا والدليل عليه (قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله اعتبر حال الرجل في الحالتين جميعا وأمره بالانفاق فلا مصير الى غيره وجه الاول يعني قول الخصاف في اعتبار حالهما (قوله صلى الله عليه وسلم لهند امرأة أبي سفيان) روى البخاري باسناده الى عائشة رضي الله عنها أن هندا بنت عتبة قالت يارسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي الا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف فاعتبر حالها) ولقائل ان يقول هذا الدليل غير مطابق للمدعى لان المدعى هو الاعتبار بحالهما والحديث يدل على اعتبار حالها على ماصرح به الشيخ ويمكن ان يجاب عنه بأن المحتاج اليه هو بيان اعتبار حالها وأما اعتبار حاله فالآية تدل عليه والخصم يقول به فاذن الآية تدل على اعتبار حاله والحديث على اعتبار حالها فوجب الجمع بينهما بأن يكون حاله معتبرا (٤٢٣) من وجه وحالها كذلك فان قيل هذا على تقدير التعارض والحديث لا يعارض الآية لكونه من الآحاد فالجواب ان الحديث تفسير لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف فتكون المعارضة حينئذ بين الآيتين فيجمع بينهما قال المصنف اختيارا منه لقول الخصاف (وهو) أي اعتبار حالهما هو (الفقه فان النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة) يعني على كفايتها نظرا الى حال الزوج وأجاب عن قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته بقوله (ونحن نقول بموجب النص أنه يخاطب ان ينفق بقدر وسعه) لئلا يلزم التكليف بما ليس في الوسع لكن ان زادت كفايتها على ما في وسعه يكون الباقي دينا في ذمته عملا بالدليلين كما مر ولا يؤديه مع العجز وقوله (ومعنى قوله بالمعروف الوسط) اشارة الى ماقدمنا ان تفسير قوله تعالى وكسوتهن بالمعروف الوسط ليكون جوابا عن قول الخصم انه تعالى قال وعلى المولود له اعتبر الرجل وقال بالمعروف اشارة الى ان لا يزاد على ما في وسعه ان كانت حالتها تقتضيه ووجه كونه جوابا انه اذا كان مفسرا بالوسط فالوسط هو الذي يكون بين حال الرجل وحال المرأة وهو الواجب (قوله وبه) أي بقوله صلى الله عليه وسلم لهند خذي من مال زوجك ما يكفيك (يتبين انه لا معنى للتقدير كما ذهب اليه الشافعي انه على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف

خبر واحد وقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله مطلق في اعتبار ثبوت حال الموسر معسرة كانت الزوجة أولا والمعسر معسرة كانت أولا فاعتبار حالهما زيادة موجبة لتغيير حكم النص اذ توجب الزيادة في موضع يقتضي النص فيه عدمها وعدمها في موضع يقتضي فيه وجودها وذلك لا يجوز وأفاد المصنف دفع هذا بقوله وأما النص فنقول بموجبه انه مخاطب بقدر وسعه والباقي في ذمته فانه يفيد ان المفاد بالنص اعتبار حاله في الانفاق ونحن نقول ان المعسر لا ينفق فوق وسعه وهو لا ينفي اعتبار حالها في قدر ما يجب لها والحديث أفاده فلا زيادة على النص لان موجبه تكليفه باخراج قدر حاله والحديث أفاد اعتبار حالها في القدر الواجب لا المخرج فيجتمعان بأن يكون الواجب عليه أكثر مما اذا كانت موسرة وهو معسر ويخرج قدر حاله فبالضرورة يبقى الباقي في ذمته اللهم الا أن يقال يجوز علمه صلى الله عليه وسلم بأن زوجها كان موسرا فلم ينص على حاله وأطلق لها أن تأخذ كفايتها وهذا ليس فيه اعتبار حالها فان الكفاية تختلف ثم هذا البحث يتجه بالنسبة الى هذه الآية أما بالنسبة الى قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره فلا لانه اعتبر في نفس الواجب المفاد بلفظ على حاله الا أن هذه في المتعة لا في النفقة ويدعى الفرق بين المتعة والنفقة بناء على انها ليست مسلوكا بها مسلك الكسوة بل هي بدل نصف المهر أو ان قوله متاعا بالمعروف الآية يقيده بالقدرتين أي على الموسع قدره مع قدرها وكذا الآخر وهذا لان المعروف أن لا يدفع للفائقة ما يدفع للفقيرة (قوله وهو الواجب) أي الوسط هو الواجب بعد اعتبار حالهما وقد يقال لا يمشي على جميع أقسام تفسير قول الخصاف رحمه الله بل في أوساط الحال وفي اختلافهما باليسار والاعسار فان الواجب فوق الاعسار ودون نفقة اليسار وهذا وسط وأما في يسارهما فيمكن أن يقال تجب نفقة هي وسط في اليسار وأما في اعسارهما فيجب أيضا نفقة وسط في الاعسار وهو بعيد فانه اذا فرض ان

(وقوله والحديث لا يعارض الآية لكونه من الآحاد) أقول لا يبعد ان يدعى شهرته (قوله فالجواب ان الحديث تفسير لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف فتكون المعارضة حينئذ بين الآيتين الخ) أقول من تأمل في كلام المصنف تبين له عدم مطابقة هذا الشرح للمشروح فانه ينادي على ان لا معارضة بينهما

لان ماوجب كفاية لا يتقدر فى نفسه شرعا) لانها مما يختلف فيها أحوال الناس بحسب الشباب والهرم و بحسب الاوقات والاماكن ففى التقدير قد يكون اضرارا قال (وان امتنعت من تسليم نفسها) ان امتنعت المرأة عن تسليم نفسها قبل الدخول أو بعده على قول أبى حنيفة فاما ان يكون الامتناع بحق مثل ان تطلب المهر المعجل أولا فان كان الاول فلها النفقة لان كل واحد من المهر والنفقة حق من حقوقها فطالبة أحدهما

لا يسقط الآخر وان كان الثانى فهى ناشزة لان الناشزة هى الخارجة من منزل الزوج المانعة منه نفسها وهذه كذلك والعاقيل الخارجة من منزل الزوج لانها اذا كانت ساكنة معه فالظاهر ان الزوج يقدر على تحصيل المقصود منها طوعا أو كرها فلا تبطل النفقة فان كان المنزل ملكا لها وهو يسكن معها فيه فمنعته من الدخول عليها فهو بمنزلة الخروج من بيته واذا كانت ناشزة فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله لان فوت الاحتباس منها واذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة فان قيل الدلائل الدالة على وجوب النفقة لا تفصل بين الناشزة وغيرها فاوجه حرمانها عنها فالجواب انا لا نسلم أنها لم تفصل لانه تعالى قال وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن وذلك قد يشير الى تسليم النفس لان الولادة بدونه لا تتصور وقوله (بخلاف ما اذا امتنعت) متصل بقوله لان فوت الاحتباس منها وقوله (وان كانت صغيرة لا يستمتع بها) أى لا توطأ (فلا نفقة لها) سواء كانت فى منزل الزوج أو لم تكن حتى تصير الى الحالة التى تطيق الجماع (لان امتناع الاستمتاع انما هو لمعنى فيها والاحتباس الموجب للنفقة هو ما يكون البنية وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح) وهو الجماع أو دواعيه (ولم يوجد) لان الصغيرة التى لا تصلح للجماع لا تصلح لدواعيه لانها غير مشتهاة واستشكل بالرتقاء والقرناء ونحوهما فان المقصود المستحق بالنكاح فائت ولهن النفقة وأجيب بأن الدواعى غير فائتة بأن يجامعهن تفخيذا أو غيره بخلاف الصغيرة لما ذكرنا حتى قالوا ان كانت الصغيرة مشتهاة ويمكن جماعها فيما دون الفرج تجب النفقة

لان ماوجب كفاية لا يتقدر شرعا فى نفسه (وان امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة) لانه منع بحق فكان فوت الاحتباس لمعنى من قبله فيجعل كلا فائت (وان نشزت فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله) لان فوت الاحتباس منها واذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة بخلاف ما اذا امتنعت من التمكين فى بيت الزوج لان الاحتباس قائم والزوج يقدر على الوطء كرها (وان كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها) لان امتناع الاستمتاع لمعنى فيها والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح ولم يوجد بخلاف المريضة على ما نبين

اعسارهما غاية فى الاعسار فانما تجب الغاية فيه لان اعتبار حاله أو حالهما لا يوجب غير ذلك والوجه ان المراد بالمعروف فى قوله صلى الله عليه وسلم خذى من ماله بالمعروف ما يكفيك ما يقابل المنكر فيستقيم فان المعروف فى متوسطة الحال ان كفايتها دون كفاية الفائقة فيجب ذلك ليساره وعند غاية اعسارها واعساره المعروف دون التوسط فيه والحاصل ان على القاضى اعتبار الكفاية بالمعروف فيما فرض فى كل وقت و باعتبار الحال من اليسار والاعسار وكما يفرض لها قدر الكفاية من الطعام كذلك من الادام لان الخبز لا يؤكل الا مأدوما (قوله لان ماوجب كفاية لا يتقدر شرعا فى نفسه) لانه يختلف باختلاف الطبائع وأحوال الناس وباختلاف الاوقات وفى المبسوط وكل جواب عرف من اعتبار حاله أو حالهما فى النفقة فى الكسوة مثله واذا اختلفا فى اليسار والاعسار فالقول قول الزوج فى العسرة كذا فى الاصل وأشار شيخ الاسلام الى أن القول قولها انه قادر وهو ما ذكره محمد فى الزيادات ومن المتأخرين من قال ينظر الى زيه الا فى العلوية والفقهاء واذا كان القول قوله ولا بينة لها فسألت القاضى أن يسأل عن يساره فى السر فليس ذلك على القاضى وان فعله فاتاه عنه انه موسر لم يفرض عليه نفقة الموسر الا أن يخبره بذلك عدلان انهما علما ذلك و يكونان بمنزلة الشاهدين فان أخبراه من وراء وراء لم يؤخذ بقولهما فان أقامت البينة انه موسر فأقام الزوج انه محتاج أخذ ببينتها وفرض عليه نفقة الموسر كذا فى كافى الحاكم (قوله حتى تعود الى منزله) يفيد ان النشوز المستعقب لسقوط النفقة مأخوذ فيه خروجها عن منزله والتحرير ان المأخوذ فيه عدم موافقتها على المجىء الى المنزل سواء كان بعد خروجها أو امتنعت عن أن تجىء الى منزله ابتداء بعد ايفائه معجل مهرها أو عدم تمكينها اياه من الدخول فى منزلها المملوك لها الذى كانت تسكن معه فيه قبل أن تسأله أن يحولها الى منزله أو يكترى لها منزلا فان كانت سألته فى ذلك لتنتفع بملكها فأبى فمنعته الدخول كان لها النفقة وفى الفتاوى لو قالت انما خرجت لانك ساكن فى أرض مغصوبة لا تكون ناشزة وفى الفتاوى للنسفى لو كان بسمرقند وهى بنسف فبعث اليها أجنبيا يحملها اليه فأبت لعدم المحرم لها النفقة (قوله لا يستمتع بها) أى لا توطأ وصرح فى الذخيرة بأن المراد من الاستمتاع الوطء وبه قيد الحاكم قال لا نفقة للصغيرة التى لا تجامع فلا نفقة لها الى أن تصير الى حالة تحتمل الوطء سواء كانت فى بيت الزوج أو الاب واختلف فيها فقيل أقلها سبع سنين وقال العتابى اختيار مشايخنا تسع سنين والحق عدم التقدير فان احتماله يختلف باختلاف

(قوله مستحق بالنكاح وهو الجماع) أقول الاظهر الموافق لما ذكر فى أواخر باب العنين ان يقول وهو التمكن من الجماع

وقال الشافعي لها النفقة لانها عوض عن الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة

البنية وعلى قولنا جمهور العلماء والشافعي في قوله المختار عندهم وفي قول له تجب وان كانت في المهد لاطلاق النص وهو قول الثوري والظاهرية قلنا أما قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن فرجع الضمير للوالدات فلا يتناول الصغائر وأما قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته فانما فيه الامر بالانفاق يعني على من يستحقها ولم ينص على من يستحقها فثبوت من يستحقها من خارج على انه لو صرح بالزوجات فيها كان المراد بعضهن ألا ترى ان ليس كل زوجة تستحقها كالناشزة فيعمل في تعيين ذلك البعض بالدليل الذي يعينه وأما حديث جابر فقوله صلى الله عليه وسلم فيه ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف فرجع الضمير فيه النساء اللاتي حلت فروجهن ونقول لا يحل فرج من لا تطيق الجماع فانه اهلاك أو طريقه ولو سلم فالاتفاق على أن عمومه غير مراد فان الناشزة لا نفقة لها وهي زوجة فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى وهو ما ذكره في الوجه وحاصله ان الزوجة أجنبية فاستحقاقها النفقة إما أن يكون لذلك النوع من الملك الوارد عليها على قصوره الحاقا للملك القاصر بالملك الكامل في المرقوقة أو لاحتباسها الاستيفاء المنفعة المقصودة من التزويج أعني الوطء أو دواعيه أو لاحتباسها مطلقا لا يجوز الاول لان ايجابها بسبب ملك كامل لا يستلزم ايجابها بسبب ملك ناقص اذ ليس هو في معناه الا أن يكون ايجابها في الكامل لمعنى تضمنه وهو موجود في الناقص فتجب فيه لذلك المشترك لا للملك ولو عين ذلك المشترك لكان احتباسها على أحد الاوجه التي ذكرناها وسنوردها وجها وجها وأيضا عوض الملك هنا المهر فلا تكون النفقة أيضا عوضا والا اجتمع عن المعوض الواحد عوضان ولا يمكن جعل العوض الواحد مجموع المهر والنفقة كما لو تزوجها على ألف وعبد لان الملك معوض يثبت جملة وهو تمام العلة لعوضه فلا بد من كون عوضه يثبت أيضا كذلك وذلك المهر دون النفقة لانها تجب شيأ فشيأ ولو كانت جزأ من العوض لزم جهالة أحد العوضين فانما تجب بحادث شيأ فشيأ وهو الاحتباس نظرا الى بقائه وهذا طريق المصنف وعلى هذا يجب أن يقول النفقة في المرقوقة أيضا جزاء الاحتباس لما هو من مقاصد ذلك الملك من الاستخدام الذي من جملته الوطء ان أمكن لا للملك وهذا حق ألا ترى انه لا نفقة للآبق مع قيام الملك ولا يجوز الاخير لانتقاضه بالناشزة وأما الثاني فهو العلة لظهور أثره في حق القاضي والمفتي والعامل على الصدقات ومن تقدم وانما لم نقل فتعين الثاني عقيب ابطال الاقسام لئلا يكون سبرا فلما أثبتنا المناسبة بظهور الاثر لم يبق الا صورة السبر وانما هو في الحقيقة اثبات علية ما عيناه بظهور أثره وابطال ما عينوه هذا وقد نقض بالرتقاء والقرناء والتي أصابها مرض يمنع الجماع والكبيرة التي لا يمكن وطؤها لكبرها فان لهن النفقة ولا احتباس للوطء وأجيب بأن المعتبر في ايجاب النفقة احتباس ينتفع به الزوج انتفاعا مقصودا بالنكاح وهو الجماع أو الدواعي والانتفاع من حيث الدواعي موجود في هؤلاء بأن يجامع فيما دون الفرج بخلاف الصغيرة التي لا يجامع مثلها فانها لا تكون مشتهاة أصلا فلا تجامع فيما دون الفرج حتى ان كل عاقل يستنكر جماع الرضيعة فيما دون الفرج ولا يستنكر ذلك في العجوز والمريضة قالوا فعلى هذا التعليل اذا كانت صغيرة مشتهاة يمكن جماعها فيما دون الفرج تجب النفقة كذا في الذخيرة وهذا على من قيد الصغيرة بكونها لا تشتهى للجماع فرض محال لانها اذا لم تكن بحيث تشتهى للجماع لا تكون مشتهاة للجماع فيما دون الفرج ثم ههنا شئ وهو ان قولنا الصغيرة التي لا يوطأ مثلها هل معناه لا تشتهى للوطء أو لا تطيق الوطء فان كان الاول فالملازمة حقة وان كان الثاني فان ثبت التلازم بين عدم الاطاقة وعدم الاشتهاء فكذلك والا فهو فرض صحيح والظاهر التلازم بناء على أن المراد عدم الاطاقة مطلقا

(وقال الشافعي لها النفقة لانها عوض عن الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين) وهذا لان وجوبها بسبب الحاجة والصغير والكبير فيها سواء كالمملوكة (ولنا ان المهر عوض عن الملك) لان العوض هو ما يدخل تحت العقد بالتسمية والداخل تحته هو المهر دون النفقة واذا كان المهر عوضا لا تكون النفقة عوضا لئلا يجتمع عوضان (عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة)

(قوله وهذا لان وجوبها بسبب الحاجة الخ) أقول فعلى هذا لا يكون عوضا عن الملك

(وان كان الزوج صغيرا لا يقدر على الوطء وهي كبيرة فلها النفقة من ماله) لان التسليم قد تحقق منها وانما العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين (واذا حبست المرأة في دين فلا نفقة لها) لان فوت الاحتباس منها بالمماطلة وان لم يكن منها بأن كانت عاجزة فليس منه وكذا اذا غصبها رجل كرها فذهب بها وعن أبي يوسف ان لها النفقة والفتوى على الاول لان فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا وكذا اذا حجت مع محرم لان فوت الاحتباس منها وعن أبي يوسف ان لها النفقة لان اقامة الفرض عذر ولكن تجب عليه نفقة الحضر دون السفر لانها هي المستحقة عليه ولو سافر معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق لان الاحتباس قائم لقيامه عليها وتجب نفقة الحضر دون السفر ولا يجب الكراء لما قلنا

ولا من واحد ممن يطيق الوطء والظاهر ان من كانت بحيث تشتهى للجماع فيما دون الفرج فهي مطيقة للجماع في الجملة وان لم تطقه من خصوص زوج مثلا فتجب لها النفقة ومن لا فلا تجب لها نفقة وفي خزانة الفقيه أبي الليث عشر من النساء لا نفقة لهن الصغيرة التي لا تحتمل الجماع والناشزة اذا لم يكن لها عليه مهر واذا اغتصبها ظالم فذهب بها والمحبوسة في دين والمسافرة بحج اذا لم يكن معها زوجها والامة اذا لم يبوئها مولاها والمنكوحة نكاحا فاسدا والمرتدة والمتوفى عنها زوجها والمرأة اذا قبلت ابن زوجها أو أباه بشهوة (قوله وان كان صغيرا الخ) ذكر حكم العجز من الطرفين منفردا ولم يذكر حكمه من الطرفين جميعا بان كانا صغيرين لا يطيقان ولو اعتبر جانبه تجب ولو اعتبر جانبها لا تجب وفي الذخيرة لا نفقة لها وأكثر ما في الباب ان يجعل المنع من قبله كالمعدوم فالمنع من جهتها قائم ومعه لا تستحق النفقة وعن هذا قلنا اذا تزوج المجبوب صغيرة لا تصلح للجماع لا يفرض لها نفقة ولا يخفى امكان عكس الكلام فيقال يجعل المنع من جهتها كالمعدوم فتجب الى آخره والتحقيق ان النفقة لا تجب الا بالتسليم لها الاستيفاء منافعها المقصودة بذلك التسليم فيدور وجوبها معه وجودا وعدما فلا تجب في الصغيرين وتجب في الكبيرة تحت الصغير (قوله وعن أبي يوسف لها النفقة) أي في صورتي حبسها او غصبها لانه لا منع من جهتها واختاره السعدي والفتوى على الاول وهو قول محمد لان النفقة عليه عوضا عن احتباسه اياها غير انه اذا فات الاحتباس لمعنى من جهته جعل باقيا تقديرا فتجب مع فواته فاذا كان لا لمعنى من جهته لم يكن تقديرا قائما فانتفت حقيقة وحكما وهو الموجب ليس غير فعند عدمه ينعدم الحكم ونظيره ما لو غصب العين من يد المستأجر لا يجب الاجر عليه لفوات التمكن من الانتفاع لا من جهة المستأجر وان لم يكن من جهة الآجر بخلاف ما لو حبس هو ظلما أو في حق يقدر على ايفائه أو لا يقدر أو هرب أو ارتد أو أسلمت وأبى هو الاسلام أو طلقها بعد الدخول وكذا كل فرقة جاءت من قبلها بحق لا تسقط النفقة كالفرقة بخيار العتق والبلوغ وعدم الكفاءة أو بسبب الجب والعنة ما دامت في العدة حيث تجب لها النفقة لفواته من جهته حقيقة أو معنى وان لم يكن له تعمد فيه (قوله وكذا الخ) أي لا نفقة لها اذا حجت مع محرم بخلاف ما اذا حجت مع الزوج فان لها النفقة اتفاقا (قوله لان اقامة الفرض عذر) قلنا نعم ولكنه من جهتها والاحتباس الفائت انما يجعل باقيا تقديرا إذا كان الفوات من جهته ثم اذا وجبت عليه فالواجب نفقة الحضر بان يعتبر ما كان قيمة الطعام في الحضر فيجب دون نفقة السفر لان هذه الزيادة لحقتها بازاء منفعة تحصل لها فلا تكون على الزوج كالمريضة التي لا تستحق المداواة عليه (قوله لما قلنا) أي من أن نفقة الحضر هي المستحقة وأجمعوا على أن بالصوم والصلاة لا تسقط النفقة

وقوله (وان كان الزوج صغيرا) بيان ذكر العجز من جانبه وهو ظاهر ولم يذكر حكم العجز من الطرفين بان كانا صغيرين لا يطيقان الجماع فلو اعتبر جانب الصغر وجبت كما في الكبيرة ولو اعتبر جانب الصغيرة لم تجب كما لو كانت صغيرة والزوج كبيرا قال في الذخيرة لا نفقة لها لان المنع لمعنى جاء من جهتها وأكثر ما يكون في الباب ان يجعل المنع من قبله كالمعدوم فالمنع من قبلها قائم ومع قيام المنع من قبلها لا تستحق النفقة وفيه نظر لان الدليل يقبل القلب وقوله (واذا حبست) ظاهر وقوله (والفتوى على الاول) يعني على ظاهر الرواية وهو ان لا نفقة للمغصوبة فيما مضى وقوله (لان فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا) بيانه ان النفقة عوض عن الاحتباس في بيته فاذا كان الفوات لمعنى من جهته جعل ذلك الاحتباس باقيا اما اذا كان الفوات لا لمعنى من جهته فلا يمكن ان يجعل ذلك الاحتباس باقيا تقديرا وبدونه لا يجب النفقة وقوله (وكذا اذا حجت مع محرم) يعني بدون الزوج لا تجب النفقة (لان فوت الاحتباس منها وعن أبي يوسف ان لها النفقة لان اقامة الفرض عذر) وكلامه واضح وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لانها هي المستحقة عليه (قوله

(قوله وفيه نظر لان الدليل يقبل القلب) أقول وفيه بحث اذ لا نسلم انه مع قيام المنع من قبله تستحق الزوجة النفقة وانما تستحقها ان لو وجد فيها شرط استحقاق النفقة ولم يوجد

(فان مرضت فى منزل الزوج فلها النفقة) والقياس ان لانفقة لها اذا كان مرضا يمنع من الجماع لفوت الاحتباس للاستمتاع وجه الاستحسان ان الاحتباس قائم فانه يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت والمانع بعارض فأشبه الحيض وعن أبى يوسف انها اذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم ولو مرضت ثم سلمت لاتجب لان التسليم لم يصح قالوا هذا حسن وفى لفظ الكتاب مايشير اليه (قال ويفرض على الزوج النفقة اذا كان موسرا ونفقة خادمها) والمراد بهذا بيان نفقة الخادم ولهذا ذكر فى بعض النسخ وتفرض على الزوج اذا كان موسرا نفقة خادمها •

(قوله ويمسها) أى ويمسها استمتاعا ويدخل فى مسها كذلك الجماع فيما دون الفرج والقبلة وغيرهما فكان الاحتباس الموجب قائما وكذلك الرتقاء والقرناء على ماذكرنا لحصول الانتفاع بالدواعى والاستئناس والله أعلم (قوله قالوا هذا حسن وفى لفظ الكتاب اشارة اليه) وهو قوله وان مرضت فى منزل الزوج وهو عبارة عن تسليم نفسها صحيحة ثم طرأ المرض ولايخفى ان اشارة الكتاب هذه مبنية على مااختاره من عدم وجوب النفقة قبل التسليم فى منزله على ماقدمه من قوله النفقة واجبة للزوجة على زوجها اذا سلمت نفسها فى منزله وقدمنا انه مختار بعض المشايخ ورواية عن أبى يوسف وليس الفتوى عليه بل ظاهر الرواية وهو الاصح تعليقها بالعقد الصحيح مالم يقع نشوز فالمستحسنون لهذا التفصيل هم المختارون لتلك الرواية عن أبى يوسف وهذه فرعيتها والمختار وجوب النفقة لتحقق الاحتباس لاستيفاء ماهو من مقاصد النكاح من الاستئناس والاستمتاع بالدواعى وهو ظاهر الرواية قال فى الاصل نفقة المرأة واجبة على الزوج وان مرضت أو جنت أو أصابها بلاء يمنع عن الجماع أو كبر حتى لايستطاع جماعها وفى شرح الطحاوى اذا كبرت ولاتطيق الجماع أو بها رتق يمنع الجماع أو قرن كان لها النفقة وقال الحلوانى قالوا إذا مرضت مرضا لايمكن الانتفاع بها بوجه من الوجوه تسقط النفقة وان كان مرضا يمكن الانتفاع بها بنوع انتفاع لاتسقط وهذا تقييد الاول قال فى الخلاصة لو كانت مريضة ومعها زوجها أولا قبل الدخول أو بعده تجب وفى الاقضية لو كانت محرمة أو رتقاء أو قرناء تجب وفى الجامع الكبير سواء أصابتها هذه العوارض بعدما انتقلت إلى بيت الزوج أو قبله فيما إذا لم تكن مانعة نفسها وهذا جواب ظاهر الرواية وعن أبى يوسف لانفقة للرتقاء والمريضة التى لايمكن وطؤها قبل أن ينقلها وان انتقلت من غير رضاه ردها الى أهلها أما اذا نقلها هو الى بيته مع علمه بذلك لايردها الى أهلها انتهى كله من الخلاصة وبه يظهر لك ماحكيناه فيمن اختار قول أبى يوسف ثم عن أبى يوسف فى التى مرضت فى منزله اذا تطاول مرضها تعتبر كالرتقاء فيها (قوله وتفرض على الزوج النفقة الخ) قال المصنف والمراد بهذا بيان نفقة الخادم وهو اعتذار عن تكرار نفقتها ولايخفى على متأمل ان التكرار ليس بلازم أصلا ليحتاج الى الاعتذار عنه فان ماتقدم ليس الا بيان وجوب النفقة للزوجة على زوجها وبيان وجوبها ووجوبها ليس نفس بيان جواز الفرض للقاضى ولا جوازه له ولا هو ملزومه فان الفرض قد يتخلف مع قيام وجوب النفقة بدليل مافى الاقضية الرجل اذا كان صاحب مائدة وطعام كثير تتمكن هى من التناول قدر كفايتها ليس لها أن تطالب زوجها بفرض النفقة وان لم يكن على هذه الصفة تفرض اذا طلبت فأفاد ماقلنا ثم اذا فرض فالزوج هو الذى يلى الانفاق الا اذا ظهر عند القاضى مطله فحينئذ تفرض النفقة ويأمره أن يعطيها لتنفق على نفسها فان لم يعط حبسه كذا فى الخلاصة وقيد اليسار أثره فى المجموع من نفقتها ونفقة الخادم من حيث هو مجموع فعند عدمه ينتفى الفرض لكن بانتفاء فرض نفقة الخادم ثم يعتبر فى الفرض الاصلح والايسر ففى المحترف يوما يوما أى عليه أن يدفع نفقة يوم بيوم لانه قد لايقدر على تعجيل نفقة شهر مثلا دفعة وهذا بناء على ان عليه أن يعطيها معجلا ويعطيها كل يوم عند المساء عن اليوم الذى يلى ذلك المساء لتتمكن من الصرف فى حاجتها فى ذلك اليوم وان كان

وقوله (فان مرضت فى منزل الزوج) على ماذكره فى الكتاب ظاهر وهو الموعود بقوله قبل هذا بخلاف المريضة على مانبين وقوله (وفى لفظ الكتاب) يعنى القدورى (مايشير اليه) وهو قوله فان مرضت فى منزل الزوج فانه يشير الى أنها سلمت نفسها الى منزل الزوج فمرضت فيه وقوله (ويفرض على الزوج النفقة) لما كان قوله ويفرض على الزوج النفقة اذا كان موسرا مكررا اعتذر بقوله والمراد بهذا بيان نفقة الخادم وذكر وجه وجوبها وهو ظاهر واختلفوا فى الخادم الذى يستحق النفقة على الزوج فمنهم من قال المملوك لها حتى لو كانت حرة أو لم تكن مملوكة لها لاتستحق النفقة وهو ظاهر الرواية لان استحقاقها نفقة الخادم انما هو باعتبار ملك الخادم فاذا لم يكن لها خادم لايستوجبه كالقاضى اذا لم يكن له خادم لايستحق كفاية الخادم فى بيت المال ومنهم من قال كل من يخدمها حرة كانت أو مملوكة لها أو لغيرها تستحق

ووجهه ان كفايتها واجبة عليه وهذا من تمامها اذلابد لها منه (ولا يفرض لاكثر من نفقة خادم واحد) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد

وقوله (ولا يفرض لاكثر من خادم واحد) ظاهر

تاجرا يفرض عليه نفقة شهر بشهر أو من الدهاقين فنفقة سنة بسنة أو من الصناع الذين لا ينقضي عملهم الا بانقضاء الاسبوع كذلك ولو فرض عليه أكثر من قدر حاله له أن يمتنع من اعطاء الزائد وفي الاقضية يفرض الادام أيضا أعلاه اللحم وأدناه الزيت وأوسطه اللبن وقيل في الفقيرة لا يفرض الادام الا اذا كان خبز شعير والحق الرجوع في ذلك الى عرفهم ويعتبر فيهما على الزوج الحطب والصابون والاشنان والدهن للاستصباح وغيره وثمن ماء الوضوء عليها فان كانت غنية تستأجر من ينقله ولا تنقله بنفسها وان كانت فقيرة فاما أن ينقله الزوج لها أو يدعها تنقل بنفسها وثمن ماء الاغتسال على الزوج في الفتاوى لانه مؤنة الجماع وفي كتاب رزين جعله عليها وفصل في ماء الطهر من الحيض بين أن يكون حيضها عشرة أيام فعليها أو أقل فعليه وأجرة القابلة على من استأجرها من الزوجة والزوج فان جاءت بغير استئجار فلقائل أن يقول عليه لانه مؤنة الجماع ولقائل أن يقول عليها كأجرة الطبيب وفي المحيط اذا كان للزوج عليها دين فقال احسبوا لها منه نفقتها كان له ذلك بخلاف سائر الديون حيث تقع المقاصة وان لم يتقاصا وتفرض الكسوة كل ستة أشهر الا اذا تزوجها وبنى بها قبل أن يبعث اليها الكسوة فان لها أن تطالبه بها قبل مضي ستة أشهر والكسوة كالنفقة في انه لا يشترط مضي المدة وللزوج أن يرفع الى القاضي ليأمرها بلبس الثوب لان الزينة حقه واذا فرض لها كسوة ستة أشهر فتخرقت قبل مضيها ان لبست لبسا معتادا تبين ان ذلك لم يكفها فتجدد اتبين خطئه في التقدير وان تخرقت لخرق استعمالها لا يفرض لها أخرى ولو سرقت الكسوة أو هلكت النفقة لا يفرض لها أخرى بخلاف المحارم ولو لم تلبس حتى مضت ستة أشهر تفرض لها أخرى بخلاف المحارم كذا في الاقضية ولو كانت تلبس يوما وتترك يوما توفيرا يجدد لها الكسوة اذا فرغ الفصل ولو لبست دائما ولم تتخرق لم يجدد لها اذا فرغ الفصل ولو فرض لها دراهم فبقيت كلها بعد انقضاء المدة أو بقي منها شئ في الشهر الآخر أيضا يفرض وفي المحارم لا يفرض وفي أدب القاضي للخصاف يفرض قميص ومقنعة وملحفة وتزاد في الشتاء سراويل وجبة باعتبار عسرته ويسرته ذكر الخصاف السراويل في كسوة الشتاء دون الصيف ولم يذكره محمد أصلا قال السرخسي لم يوجب محمد الازار لانه للخروج وليس لها ذلك ولهذا لم يوجبوا لها المكعب والخف انتهى وقيل اختلاف عرف والعرف ايجاب السراويل في الصيف والشتاء للبسه في البيت فالقاضي ينظر الى عرف كل قوم فيفرض بالعرف فعلى المعسر قال محمد درع يهودي وملحفة زطية وخمار سابوري أرخص ما يكون مما يدفئها في الشتاء وعلى الموسر درع يهودي أو هروي وملحفة دينورية وخمار ابريسم وكساء اذربيجاني ولها في الصيف درع سابوري وملحفة كتان وخمار ابريسم فذكر في الاصل الدرع والخصاف القميص وهما سواء الا أن القميص يكون مجيبا من قبل الكتف والدرع من قبل الصدر ويجب لها في الشتاء اللحاف وفراش النوم وفي كسوة الخادم ذكروا الازار والخف والمكعب وفي الخلاصة هذا في ديارهم بحكم العرف أما في ديارنا يفرض المكعب ويفرض ما تنام عليه وينبغي أن يكون لها فراش على حدة ولا يكتفي بفراش واحد لهما لانها قد تنفرد في الحيض والمرض وفي الاثر فراش لك وفراش لاهلك وفراش للضيف والرابع للشيطان واذا أرسل ثوبا فاختلفا فقالت هدية وقال من الكسوة فالقول له فان أقاما البينة على اقرار كل منهما بدعوى الآخر أو على نفس مدعاه فالبينة بينة الزوج لانه هو المدعي للقضاء وكذا في دراهم فقالت هدية وقال نفقة أو قال من المهر وقالت نفقة وكذا في جميع قضاء الديون اذا كانت من وجوه مختلفة (قوله ووجهه ان كفايتها الخ) ظاهر من الكتاب ثم هل يراد بالخادم مملوكها أو أعم منه قال

وقال أبو يوسف تفرض لخادمين لانه يحتاج الى أحدهما لمصالح الداخل والى الآخر لمصالح الخارج ولهما ان الواحد يقوم بالامرين فلا ضرورة الى اثنين ولانه لو تولى كفايتها بنفسه كان كافيا فكذا اذا أقام الواحد مقام نفسه وقالوا ان الزوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته وهو أدنى الكفاية وقوله فى الكتاب اذا كان موسرا اشارة الى انه لا تجب نفقة الخادم عند اعساره وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة وهو الاصح خلافا لما قاله محمد لان الواجب على المعسر أدنى الكفاية وهى قد تكتفى بخدمة نفسها (ومن أعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه) وقال الشافعي يفرق

بعضهم المملوك فلو لم يكن لا تستحق وقال بعضهم كل من يخدمها حرة كانت أو أمة لها أو لغيرها وفى الفتاوى الصغرى لو كانت المنكوحة امة لا تستحق نفقة الخادم ونفقة الخادم لبنات الاشراف ووافقه ما قيده به الفقيه أبو الليث كلام الخصاف حيث قال فى أدب القاضى فرض ما تحتاج اليه من الدقيق والدهن واللحم والادام فقالت لا أخبز ولا أعجن ولا أعالج شيأ من ذلك لا تجبر عليه وعلى الزوج أن يأتى عن يكفيها عمل ذلك وقال الفقيه هذا اذا كان بها علة لا تقدر على الطبخ والخبز أو كانت ممن لا تباشر ذلك بنفسها فان كانت ممن تخدم نفسها وتقدر على ذلك لا يجب عليه أن يأتيها عن يفعله وفى بعض المواضع تجبر على ذلك قال السرخسى لا تجبر ولكن اذا لم تطبخ لا يعطيها الادام وهو الصحيح وقالوا ان هذه الاعمال واجبة عليها ديانة ولا يجبرها القاضى على ما سنذكره أيضا ان شاء الله تعالى (قوله وقال أبو يوسف لخادمين) وهكذا ذكر فى فتاوى أهل سمرقند ووجه الدفع ظاهر من الكتاب (قوله ولانه لو تولى) أى الزوج كفايتها بنفسه خدمة كان كافيا وقد منع هذا على رواية عن أبي يوسف فى الاقضية لو قال الزوج أنا أخدمها عن أبي يوسف لا يقبل منه ذلك وقال بعض مشايخنا يقبل وعن أبي يوسف فى رواية أخرى اذا كانت فائقة فى الغنى زفت اليه مع خدم كثير استحقت نفقة الكل عليه وهى رواية هشام عن محمد واختارها الطحاوى (قوله خلافا لما يقوله محمد رحمه الله) وهو انه اذا كان لها خادم يفرض لها لانها لم تكتف بخدمة نفسها فيفرض ولو كان معسرا وجه الظاهر انها بحيث تكتفى بخدمة نفسها وانما الخادم لزيادة التنعم فلا يلزمه الا حالة اليسار لان المعسر انما يلزمه أدنى الكفاية فقط وهذا يخالف ما ذكره المصنف من لزوم اعتبار حالهما وانه عند اعساره دونها ينفق بقدر حاله والباقى دين عليه وقياسه أنه تجب نفقة الخادم دينا عليه ولو لم يكن للمرأة خادم لا تجب لها النفقة لان استحقاقها لدفع حاجتها وحاجتها الى نفقة الخادم انما تتحقق عند وجوده وصار كالقاضى اذا لم يكن له خادم لا يستحق كفاية الخادم فى بيت المال والغازى اذا شهد الوقعة بلا فرس وأغنى غناء الفارس لا يسهم له سهم الفرس والله أعلم ولو كانت لها أولاد لا يكفيهم خادم واحد فرض عليه لخادمين أو أكثر اتفاقا وفى التجنيس امرأة لها مماليك قالت لزوجها أنفق عليهم من مهرى فأنفق فقالت لا أجعلها من المهر لان استخدمتهم فما أنفق بالمعروف محسوب عليها لانه بأمرها (قوله ومن أعسر بنفقة امرأته الخ) بقولنا قال الزهرى وعطاء وابن يسار والحسن البصرى والثورى وابن ابى ليلى وابن شبرمة وحماد بن أبي سليمان والظاهرية ومعنى الاستدانة أن تشترى الطعام على أن يؤدى الزوج ثمنه وقال الخصاف الشراء بالنسيئة ليقضى الثمن من مال الزوج وبقول الشافعى قال مالك وأحمد فى ظاهر قوله وعنه رواية كقولنا وعلى هذا الخلاف العجز عن الكسوة والعجز عن المسكن وهذا التفريق فسخ عند الشافعى وأحمد طلاق عند مالك ولو امتنع عن الانفاق عليها مع اليسار لم يفرق ويبيع الحاكم عليه ماله ويصرفه فى نفقتها فان لم يجد ماله يحبسه حتى ينفق عليها ولا يفسخ وعن هذا ما ذكر فى النهاية حيث قال ثم اعلم ان ظهور العجز عن النفقة انما يكون اذا كان الزوج حاضرا أما اذا غاب غيبة منقطعة ولم يخلف لها

وقوله (وقالوا) يعنى المشايخ (إن الزوج الموسر يلزمه نفقة الخادم) واليسار ههنا مقدر بنصاب حرمان الصدقة لا بنصاب وجوب الزكاة وقوله (وهو أدنى الكفاية) يعنى تنقص نفقة الخادم عن نفقتها لكن فى حق الادام دون الخبز وأعلى الادام اللحم وأوسطه الزيت وأدناه الملح أو اللبن وقوله خلافا لما قاله محمد) يعنى ما قاله محمد ان الزوج اذا كان معسرا وكان لها خادم يجب عليه نفقته لانه اذا كان لها خادم فهذه المرأة لم تكتف بخدمة نفسها فيجب عليه النفقة كما لو كان موسرا وقوله لان الواجب على المعسر أدنى الكفاية دليل الاصح (ومن أعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه) أى اشترى الطعام نسيئة على ان تقضى الثمن من مال الزوج (وقال الشافعى يفرق

لانه عجز عن الامساك بالمعروف فينوب القاضي منابه فى التفريق كما فى الجب والعنة بل أولى لان الحاجة الى النفقة أقوى ولنا ان حقه يبطل وحقها يتأخر والاول أقوى فى الضرر وهذا لان النفقة تصير دينا بفرض القاضي فتستوفى فى الزمان الثانى وفوت المال وهو تابع فى النكاح لا يلحق بما هو المقصود وهو التناسل وفائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان يمكنها

نفقة فرفعت الامر الى القاضي فكتب القاضي الى عالم يرى التفريق بالعجز عن النفقة ففرق بينهما اهل تقع الفرقة قال الشيخ الامام أبو الحسن السغدى نعم اذا تحقق العجز عن النفقة قال صاحب الذخيرة فى هذا الجواب نظر والصحيح انه لا يصح قضاؤه لان العجز لا يعرف حالة الغيبة لجواز أن يكون قادرا فيكون هذا ترك الانفاق لا العجز عنه فان رفع هذا القضاء الى قاض آخر فأمضاه جاز قضاؤه والصحيح انه لا ينفذ لان هذا القضاء ليس فى مجتهد فيه لما ذكرنا ان العجز لم يثبت ذكره فى الفصل الثانى من فصول الامام الاستروشنى فتكون الشهود علمت مجازفتهم فلا يقضى بها كما ذكر ظهير الدين واعلم أن الفسخ اذا غاب ولم يترك لها نفقة يمكن بغير طريق اثبات عجزه بعني فقره ليجيء ما قال وهو أن تتعذر النفقة عليها قال القاضي أبو الطيب من الشافعية اذا تعذرت النفقة عليها بغيبته ثبت لها الفسخ قال فى الحلية وهو وجه جيد فلا يلزم مجيء ما قال ظهير الدين (قوله لانه عجز الخ) استدلوا بالمنقول والمعقول أما المنقول فما فى سنن النسائى عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم وساق الحديث الى أن قال وابدأ بمن تعول فقيل من أعول يا رسول الله قال امرأتك تقول اطعمنى والا فارقنى خادمك يقول اطعمنى واستعملنى وولدك يقول اطعمنى الى من تتركنى هكذا فى جميع نسخ النسائى وهو عنده من حديث سعيد بن أيوب عن محمد بن عجلان عن زيد بن أسلم عن أبى صالح عن أبى هريرة وسعيد ومحمد ثقتان وقال الدارقطنى حدثنا أبو بكر الشافعى حدثنا محمد بن بشر بن مطر حدثنا شيبان بن فروخ حدثنا حماد بن سلمة عن عاصم عن أبى صالح عن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال المرأة تقول لزوجها اطعمنى أو طلقنى الحديث وقال الدارقطنى حدثنا حماد بن أحمد السماك وعبد الباقى ابن قانع واسمعيل ابن على قالوا أخبرنا أحمد بن على الخزاز حدثنا اسحق بن ابراهيم البارودى حدثنا اسحق بن منصور حدثنا حماد بن سلمة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب فى الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال يفرق بينهما وبهذا الاسناد الى حماد بن سلمة عن عاصم بن بهدلة عن أبى صالح عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم مثله وقال سعيد بن منصور فى سننه حدثنا سفيان عن أبى الزناد قال سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته أيفرق بينهما قال نعم قلت سنة قال سنة وهذا ينصرف الى سنته صلى الله عليه وسلم وغايته أن يكون من مراسيل سعيد والشافعى يقول بها وأنتم تقولون بالمرسل مطلقا وأما المعقول فالقياس على الجب والعنة بل أولى لان البدن يبقى بلا وطء ولا يبقى بلا قوت وأيضا منفعة الجماع مشتركة بينهما فاذا ثبت فى المشترك جواز الفسخ لعدمه فى المختص به أولى وقياسا على المرقوق فانه يبيعه اذا أعسر بنفقته (قوله ولنا) المنقول والمعنى أما المنقول فقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وغاية النفقة أن تكون دينا فى الذمة وقد أعسر بها الزوج فكانت المرأة مأمورة بالانظار بالنص وأما المعنى فهو ان فى الزام الفسخ ابطال حقه بالكلية وفى الزام الانظار عليها والاستدانة عليه تأخير حقها دينا عليه واذا دار الامر بينهما كان التأخير أولى وبه فارق الجب والعنة والمملوك لان حق الجماع لا يصير دينا على الزوج ولا نفقة المملوك تصير دينا على المالك ويخص المملوك أن فى الزام بيعه ابطال حق السيد الى خلف هو الثمن فاذا عجز عن نفقته كان النظر من الجانبين فى الزامه بيعه اذ فيه تخليص المملوك من عذاب الجوع وحصول بدله القائم مقامه للسيد بخلاف الزام الفرقة فانه ابطال حقه بلا بدل وهو لا يجوز بدلالة الاجماع على

أولى لان الحاجة الى النفقة أقوى من الجماع لان انقطاع الاول مفسدة مهلك دون الثانى وهذا التفريق عنده فسخ لا طلاق (ولنا ان حقه) بالتفريق (يبطل) اذ لا يصل اليه الا بسبب جديد وحقها يتأخر لان النفقة تصير دينا بفرض القاضي فيستوفى فى الزمان الثانى والاول أقوى فى الضرر) فيتحمل أدنى الضررين لدفع الاعلى وقوله (وفوت المال وهو تابع) جواب عن القياس على الجب والعنة وتقريره ان هذا قياس مع الفارق وهو باطل وذلك لان العجز عن النفقة انما يكون عن المال وهو تابع فى باب النكاح والعجز عن الوصول الى المرأة بسبب الجب والعنة انما يكون عن المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل ولا يلزم من جواز الفرقة بالعجز عن المقصود جوازها به عن التابع فان قيل لا فائدة فى الاذن لها بالاستدانة بعد فرض القاضي النفقة لها لانها صارت دينا بفرضه أجاب بأن فائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان يمكنها

قال المصنف (وفائدة الامر بالاستدانة الخ) أقول وسيجيء له فائدة أخرى بعد سطور

انها

احالة الغريم على الزوج فاما اذا كانت الاستدانة بغير أمر القاضى كانت المطالبة عليها دون الزوج (واذا قضى القاضى لها بنفقة الاعسار ثم أيسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر) لان النفقة تختلف بحسب اليسار والاعسار .

أنها لو كانت أم ولد عجز عن نفقتها لم يعتقها القاضى عليه وأما المروى عن سعيد بن المسيب فى قوله انه سنة فلعله لا يريد سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد ثبت عنه اطلاق مثل ذلك غير مريد به ذلك قال الطحاوى كان زيد بن ثابت يقول المرأة فى الارش كالرجل الى ثلث الدية فاذا زاد على الثلث فحالها على النصف من الرجل قال ربيعة بن عبد الرحمن قلت لسعيد بن المسيب ما تقول فيمن قطع إصبع امرأة قال عشر من الابل قلت فان قطع إصبعين قال عشرون من الابل قلت فان قطع ثلاثا قال ثلاثون من الابل قلت فان قطع أربعا من أصابعها قال عشرون من الابل قلت سبحان الله لما كثر ألمها واشتد مصابها قل ارشها قال انه السنة قال الطحاوى لم يكن ذلك الا عن زيد بن ثابت فسمى قوله سنة فيكون ما قاله اعتمادا على ما عن أبى هريرة موقوفا عليه هذا بعد تسليم صحته والا فقد روى عن سعيد كقولنا فاضطرب المروى عنه فبطل ذكره ابن حزم وابن عبد البر وأما المروى عن أبى هريرة مرفوعا عند النسائى والدارقطنى فلا شك فى أن رفعه غلط وانما هو من قول أبى هريرة روى البخارى فى صحيحه من حديث أبى هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أفضل الصدقة ما ترك غنى وفى لفظ ما كان عن ظهر غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول تقول المرأة اما أن تطعمنى واما أن تطلقنى و يقول العبد أطعمنى واستعملنى و يقول الولد أطعمنى الى من تدعنى قالوا يا أبا هريرة سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا هذا من كيس أبى هريرة فثبت أنه موقوف عليه بلا شبهة ثم ليس فى قول أبى هريرة هذا ما يدل على أن الزوج يلزم بالطلاق وكيف وهو كلام عام منه لا يخص المعسر ولا الموسر ولا خلاف ان الموسر اذا لم يطعم لا يجبر على الفراق بل يحبس على أحد الامرين عينا وهو الاتفاق فعلى هذا لو سلم انه من كلام النبى صلى الله عليه وسلم على ما رواه الدارقطنى كان معناه الارشاد الى ما ينبغى مما يدفع به ضرر الدنيا مثل وأشهدوا إذا تبايعتم يعنى ينبغى أن يبدأ بنفقة العيال والا قالوا لك مثل ذلك وشوشوا عليك اذا استهلكت النفقة لغيرهم كما ذكرنا وأما ما تقدم من رواية الدارقطنى عن أبى هريرة وقال مثله فليس المراد مثل ما يليه من قول سعيد بن المسيب بل مثل ما قبله من حديث أبى هريرة الذى سبق ذكره من رواية النسائى وروايته ذكره ابن القطان فى الوهم والايهام (قوله احالة الغريم على الزوج) أى وان لم يرض الزوج وفى التحفة فائدة الامر بالاستدانة ان لصاحب الدين أن يأخذ دينه من الزوج أو من المرأة و بدون الامر بالاستدانة ليس لرب الدين أن يرجع على الزوج بل عليها وهى ترجع على الزوج وهذا لان الاستدانة ايجاب الدين عليه منها وليس لها عليه هذه الولاية وفائدة أخرى وهى أنها لا تسقط بموت أحدهما فى الصحيح بخلاف القضاء وحده على ما سنذكره ان شاء الله تعالى وفى شرح المختار المرأة المعسرة اذا كان زوجها معسرا ولها ابن من غيره موسرا وأخ فنفقتها على زوجها و يؤمر الابن أو الاخ بالاتفاق عليها و يرجع به على الزوج اذا أيسر ويحبس الابن أو الاخ ان امتنع لان هذا من المعروف قال شارح الكنز تبين بهذا ان الادانة لنفقتها اذا كان الزوج معسرا وهى معسرة تجب على من كان تجب عليه نفقتها لولا الزوج وعلى هذا لو كان للمعسر أولاد صغار ولم يقدر على نفقتهم تجب نفقتهم على من تجب عليه لولا الاب كالام والاخ والعم ثم يرجع به على الاب (قوله تمم لها نفقة اليسار) هكذا مشى عليه أيضا صاحب الكنز بعد اعتبار حال الزوج والزوجة فى وجوب النفقة فاعترض عليه شارحه بأنه نوع تناقض فان ما ذكره أول الباب قول الخصاف ثم بنى الحكم على قول الكرخى ولو كان فرض على قدر حاله وحالها مقدارا ثم غلا السعر كان لها أن

احالة الغريم على الزوج من غير رضا الزوج فاما اذا كانت الاستدانة بغير أمر القاضى كانت المطالبة عليها دون الزوج). واعلم ان العجز عن النفقة انما يظهر عند حضور الزوج واما اذا كان غائبا غيبة منقطعة ولم يخلف نفقتها فرفعت الامر الى الحاكم الشافعى ففرق بينهما قال مشايخ سمرقند جاز تفريقه لانه قضى فى فصلين مجتهد فيهما فى التفريق بالعجز عن النفقة وفى القضاء على الغائب وقال صاحب الذخيرة الصحيح انه لا يصح قضاؤه لان العجز لا يعرف حال الغيبة لجواز ان يكون قادرا فيكون هذا ترك الانفاق لا العجز عنه فان رفع هذا القضاء الى قاض فأمضاه فالصحيح أنه لا ينفذ لان هذا القضاء ليس فى فصل مجتهد فيه اذ العجز لم يثبت واذا قضى القاضى لها بنفقة الاعسار ثم أيسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر لان النفقة تختلف بحسب اليسار والاعسار

وماقضى به تقدير النفقة لم تجب فاذا تبدل حاله فلها المطالبة بتمام حقها (واذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك فلا شئ لها الا ان يكون القاضى فرض لها النفقة أو صالحت الزوج على مقدار فيها فيقضى لها بنفقة مامضى) لان النفقة صلة وليست بعوض عندنا على مامر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة لاتوجب الملك الا بمؤكد وهو القبض والصلح بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه أقوى من ولاية القاضى بخلاف المهر لانه عوض (وان مات الزوج بعد ماقضى عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت النفقة) وكذا اذا ماتت الزوجة لان النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض

تطالبه بأن يزيد فى الفرض ولو كان على قلبه كان للزوج أن ينقص (**قوله** وماقضى به تقدير النفقة لم تجب) لان النفقة تجب شيأ فشيأ فى المستقبل فلا يتقرر حكم القاضى فيها بخصوص مقدار ولانه كان بشرط الاعسار وعلى تقديره وقد زال فيزول بزواله (**قوله** لم ينفق عليها) بأن غاب عنها أو كان حاضرا وامتنع والحاصل ان نفقتها لاتثبت دينا فى ذمته الا بقضاء القاضى بفرض أو اصطلاحهما على مقدار فانه يثبت ذلك المقدار فى ذمته دينا اذا لم يعطها وهو رواية عن أحمد وفى رواية أخرى وهو قول مالك والشافعى تصير دينا عليه الا إن كانت أكلت معه بعد الفرض فانها تسقط بالمضى عند مالك والشافعى فى الاصح (**قوله** لانها صلة) أى من وجه (**قوله** وليست بعوض) أى من كل وجه بل هى عوض من وجه دون وجه وذلك لانها جزاء الاحتباس فمن حيث انه احتباس لاستيفاء حقه من الاستمتاع وقضاء الشهوة واصلاح أمر المعيشة والاستئناس هى عوض ومن هذا الوجه وجبت على المكاتب ومن حيث انه لاقامة حق الشرع وأمور مشتركة كاعفاف كل الآخر وتحصينه عن المفاسد وحفظ النسب وتحصيل الولد لمقيم التكاليف الشرعية هى صلة كرزق القاضى والمفتى فلا تملك الا بالقبض فلاعتبار انها عوض قلنا تثبت اذا قضى بها أو اصطلحا الان ولايته على نفسه أعلى من ولاية القاضى عليه ولاعتبار انها صلة قلنا تسقط اذا مضت المدة من غير قضاء ولا اصطلاح عملا بالدليلين بقدر الامكان وذكر فى الغاية معزوا الى الذخيرة ان نفقة مادون الشهر لاتسقط فكأنه جعل القليل مما لايمكن الاحتراز عنه اذ لو سقطت بمضى يسير من الزمان لما تمكنت من الاخذ أصلا وهذا حق وقد تقدم الوجه وقوله فى الكتاب فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء على ماحملنا كلامه فيه من اثبات انه صلة من وجه مترتب على ترددها بين الصلة المحضة والعوض المحض ولو اختلفا فيما مضى من المدة من وقت القضاء القول قول الزوج والبينة بينة المرأة ومن ادعى على امرأة نكاحا وهى تجحد فأقام البينة لانفقة لها وكذا اذا كان الزوج هو المنكر ولقائل أن يقول ينبغى أن تجب لانها صارت مكذبة شرعا وكذا الزوج والا فلا يخفى مافيه من الاضرار وفتح باب الفساد خصوصا عند اضطرارها للنفقة مع حبسها (**قوله** وان مات الزوج بعد ماقضى عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت) هذا تقييد لعدم السقوط بالقضاء بحالة حياتهما وأطلقه فشمل ما اذا كان القاضى أمرها بالاستدانة أو لم يأمرها فوافق قول الخصاف والصحيح ماذكر الحاكم الشهيد انه اذا كان أمرها بالاستدانة لاتسقط بالموت لان الاستدانة بأمر من له ولاية تامة عليه عند رفع قضيتها له وهو القاضى فكان كاستدانته أى الزوج بنفسه فلا تسقط بموت أحدهما وعلى هذا الخلاف سقوطها بعد الامر بالاستدانة بالطلاق والصحيح لاتسقط (**قوله** لان النفقة صلة والصلة تبطل بالموت) فان قيل قد قلتم انه استحكم هذا الدين بحكم القاضى وجعلتموه مؤكدا

وقوله (وماقضى به) جواب عما يقال ينبغى ان لايتم لها نفقة اليسار لان فيه نقض القضاء الاول وتقريره ماقضى به تقدير النفقة لم تجب لان النفقة تجب شيأ فشيأ وتقدير ماليس بواجب لايكون لازما لجواز تبدل السبب الموجب قبل وجوبه واذا لم يكن لازما لم يستحكم فيه حكم الحاكم فاذا تبدل حاله جاز لها المطالبة بتمام حقها فكان هذا بمنزلة ابتداء فرض نفقة الاعسار على الموسر لان مالايكون لازما فلدوامه حكم الابتداء على ماعرف وذلك لايجوز فلابد من التغيير وكذلك حكم عكس هذه المسئلة وقوله (واذا مضت مدة) ظاهر وقوله (على مامر من قبل) يريد قوله لان المهر عوض عن الملك ولايجتمع العوضان عن م[...]ض واحد فان قيل ماتقدم يدل على أنها ليست بعوض عن البضع لكن لاينافى أن تكون عوضا عن الاستمتاع والقيام عليها قلت ينافيه لانه لما صح العقد كان الاستمتاع بها والقيام عليها تصرفا فى ملكه وذلك لايوجب على المالك عوضا فان قيل لو كانت صلة لما وجبت على المكاتب أجيب بانها صلة من وجه وماهذا شأنه يجب على المكاتب كالخراج فاذا ثبت انها صلة لايستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة لاتوجب الملك الا بمؤكد وهو القبض والصلح فيها بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه أقوى من ولاية القاضى وقوله بخلاف المهر متصل بقوله وليست بعوض (وان مات الزوج بعد ماقضى عليه بالنفقة) وما كان أمرها بالاستدانة عليه (ومضت شهور سقطت النفقة وكذلك اذا ماتت الزوجة لان النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض) وانما قيدنا بقوله وما كان أمرها بالاستدانة لانه اذا أمرها بذلك لم تسقط بموت أحدهما لان القاضى لما أمرها بذلك كان استدانتها استدانة الزوج لعموم ولايته عليهما ولو استدان بنفسه لم تبطل بالموت فكذا اذا استدانت بحكم القاضى فان قيل القياس على الهبة قبل القبض

للاستحقاق

وقال الشافعي رحمه الله تصير دينا قبل القضاء ولا تسقط بالموت لانه عوض عنده فصار كسائر الديون وجوابه قد بيناه (وان أسلفها نفقة السنة) أي عجلها (ثم مات لم يسترجع منها شيء وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمه الله يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي فهو للزوج) وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى وعلى هذا الخلاف الكسوة لانها استعجلت عوضا عما تستحقه عليه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره كرزق القاضي وعطاء المقاتلة ولهما انه صلة وقد اتصل به القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة ولهذا لو هلكت من غير استهلاك لا يسترد شيء منها بالاجماع وعن محمد رحمه الله انها اذا قبضت نفقة الشهر أو ما دونه لا يسترجع منها شيء لانه يسير فصار في حكم الحال (واذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها) ومعناه اذا تزوج باذن المولى لانه دين وجب في ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين التجارة في العبد التاجر وله ان يفدى لان حقها في النفقة لا في عين الرقبة فلو مات العبد سقطت وكذا اذا قتل

للاستحقاق كالقبض في الهبة فينبغي أن يبقى الوجوب بعد الموت كالهبة المقبوضة فالجواب ان بالقضاء لا يبطل معنى الصلة بل يوجب تأكد هذه الصلة فتصير صلة كغير الصلة واذا كان معنى الصلة باقيا أثر الموت في سقوطه بسبب انه يبطل الاهلية بالكلية فكان أقوى في ابطاله الصلة فيحتاج للاستحكام على وجه يلزم بعد الموت الى زيادة وهو الامر بالاستدانة وفي حال الحياة لم تبطل الاهلية فيستحكم بمجرد التأكد بالقضاء بها ﴿فرع﴾ ابراء الزوجة من النفقة هل يصح ويلزم ان كانت غير مفروضة لا يصح لانه ابراء قبل الوجوب وان كان القاضي فرضها كل شهر كذا وكذا صح في الشهر الاول فقط وكذا لو قالت أبرأتك من نفقة سنة لا يبرأ الا من شهر الا ان يكون فرض لها كل سنة كذا لان القاضي اذا فرض كذا كل شهر فانما فرض مهما يتجدد الشهر فما لم يتجدد لم يتجدد الفرض وما لم يتجدد الفرض لم تجب نفقة الشهر فلا يصح الابراء عنها ولو أبرأته بعد ما مضى أشهر عما مضى وعما يستقبل برئ عما مضى وعن شهر (قوله وما بقي للزوج) فترده وكذا ترد قيمة المستهلك ولا ترد قيمة الهالك بالاتفاق والفتوى على قولهما والموت والطلاق قبل الدخول سواء وفي نفقة المطلقة إذا مات الزوج اختلفوا فقيل ترد وقيل لا تسترد بالاتفاق لان العدة قائمة في موته كذا في الاقضية (قوله ولا رجوع في الصلات بعد الموت) بخلاف القاضي ونحوه لان تصرف الامام في بيت المال مقيد بشرط النظر والنظر أن يؤخذ منه ويعطى لمن يلي بعده من القضاة (قوله وعن محمد) وهو رواية ابن رستم عنه لا ترد نفقة الشهر وما دونه فلهذا وضعها في السنة حتى لا يكون فيها خلاف عن محمد ولذا لو قبضت نفقة أشهر فمات أحدهما والباقي شهر فأقل لا يرجع بشيء وفي الذخيرة نفقة العدة تسقط بمضي المدة كنفقة النكاح فلو فرض لها النفقة فيها فلم تقبضها حتى انقضت عدتها ذكره محمد وهل يقاس على الموت قال الحلواني فيه كلام وفي الخلاصة من الفتاوى الصغرى عن الحلواني قال المختار عندي لا تسقط (قوله فنفقتها دين عليه) أي اذا قضى القاضي بها فيباع فيها فاذا اشتراه من علم به أو لم يعلم ثم علم فرضي ظهر السبب في حقه أيضا فاذا اجتمعت عليه النفقة مرة أخرى يباع ثانيا وكذا حاله عند المشتري الثالث وهلم جرا ولا يباع مرة بعد أخرى الا في دين النفقة لانها تتجدد شيئا فشيئا على حسب تجدد الزمان على وجه يظهر في حق السيد فهو في الحقيقة دين حادث عند المشتري واما اذا لم يعلم المشتري بحاله أو علم بعد الشراء ولم يرض فله رده لانه عيب اطلع عليه (قوله باذن المولى) لانه لو كان بغير اذنه فلا نفقة لها ولا مهر لعدم

غير صحيح لانها قبل القبض غير مؤكدة والنفقة بعد القضاء مؤكدة ولا يلزم من جواز سقوط ما ليس بمؤكد جواز سقوط المؤكد أجيب بأن معنى الصلة فيها بعد القضاء باق كما كان قبله لان المعنى من الصلة أن يجب المال بمقابلة ما ليس بمال وهذه كذلك فوجب سقوطها بعد القضاء بالموت قال في الايضاح وان صارت دينا عليه لكن معنى الصلة لم يبطل والصلات تبطل بالموت قبل القبض وقوله (وقال الشافعي) ظاهر وقوله (وجوابه قد بيناه) اشارة الى ما تقدم من قوله ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلا تكون النفقة عوضا عن البضع قال (وان أسلفها نفقة السنة) يعني اذا عجل لها نفقة السنة ثم مات أو ماتت قبل مضي المدة لم يرجع عليها ولا على تركتها بشيء في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي للزوج ان كان قائما وقيمته ان كان مستهلكا وهو قول الشافعي ووجه كل من الجانبين ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله (لانه يسير فصار في حكم الحال) يعني اذا أخذت النفقة الواجبة في الحال لا تسترد بالموت فكذا لا تسترد ما اذا عجل لها نفقة الشهر وقوله (واذا تزوج العبد حرة) ظاهر قال شمس الائمة السرخسي فان بيع ثم اجتمع عليه النفقة مرة أخرى بيع ثانيا وليس في شيء من ديون العبد ما يباع فيه مرة بعد أخرى الا النفقة وهذا لان النفقة يتجدد وجودها بمضي الزمان فذلك في حكم دين حادث ولا كذلك سائر الديون فلو مات العبد سقطت النفقة ولا يؤاخذ المولى بشيء لفوات محل الاستيفاء وكذا اذا قتل

وقوله (فى الصحيح) احترازعن قول الكرخى انها تكون فى قيمته قال الشيخ أبوالحسن القدورى الصحيح أن تسقط لانها صلة والصلات تبطل بالموت قبل القبض والقيمة انما تقوم مقام الرقبة فى دين لم يسقط بالموت لا فى دين يسقط به ولم يذكر المدبر والمكاتب اذاتزوجا باذن المولى والنفقة فيهما تتعلق بالكسب (وان تزوج الحر امة فبوأها) ظاهر وقوله (فلا نفقة لها لعدم الاحتباس) قيل عليه الاحتباس من المولى لحق له شرعا فكان كاحتباس الحرة لاجل صداقها فينبغى أن لا تسقط وأجيب بأن الحرة اذا حبست نفسها لصداقها فالتفويت انما جاء من قبل الزوج حين امتنع من ايفاء مالزمه وأما ههنا فالتفويت ليس من قبل الزوج وقوله والتبوئة غير لازمة جواب سؤال تقديره لما بوأها مرة يجب عليه أن يمضى على ذلك ولا ينقضها بالاستخدام وتقرير الجواب التبوئة غير لازمة (على مامر فى النكاح) أى فى باب نكاح الرقيق حيث قال اذا بوأها ثم بداله أن يستخدمها كان له ذلك لان حق المولى لم يزل بالتبوئة كما لم يزل بالنكاح وقوله (ولو خدمته الجارية أحيانا من غير أن يستخدمها) ظاهر (وأم الولد فى هذا) أى فى عدم وجوب النفقة (والمدبرة كالامة) ولم يذكر المكاتبة لانها اذا تزوجت باذن المولى فهى كالحرة فلا تحتاج الى التبوئة لاستحقاق النفقة لان منافعها على حكم ملكها (لصيرورتها أخص بنفسها و بمنافعها بعقد الكتابة ولهذا لم يبق للمولى ولاية الاستخدام فكانت كالحرة ﴿فصل﴾ لما فرغ من بيان النفقة شرع فى بيان السكنى قال (وعلى الزوج أن يسكنها فى دار مفردة ليس فيها أحد من أهله الا أن تختار ذلك لان السكنى من كفايتها فتجب لها كالنفقة وقد أوجبه الله تعالى بحضرتها

فى الصحيح لانه صلة (وان تزوج الحر أمة فبوأها مولاها معه منزلا فعليه النفقة) لانه تحقق الاحتباس (وان لم يبوئها فلا نفقة لها) لعدم الاحتباس والتبوئة ان يخلى بينها و بينه فى منزله ولا يستخدمها ولو استخدمها بعد التبوئة سقطت النفقة لانه فات الاحتباس والتبوئة غير لازمة على مامر فى النكاح ولو خدمته الجارية أحيانا من غير ان يستخدمها لا تسقط النفقة لانه لم يستخدمها ليكون استردادا والمدبرة وأم الولد فى هذا كالامة والله تعالى أعلم بالصواب

﴿فصل﴾ (وعلى الزوج ان يسكنها فى دار مفردة ليس فيها أحد من أهله الا ان تختار ذلك) لان السكنى من كفايتها فتجب لها كالنفقة وقد أوجبه الله تعالى

الصحة ولو دخل بها طولب بالمهر بعد العتق ولو مات العبد بعد النكاح الصحيح والفرض سقطت النفقة والمهر ولا يطالب المولى بشئ لفوات محل الاستيفاء ولو كان مدبرا أو مكاتبا أو ولد أم ولد لا يباع بالنفقة لعدم جواز البيع الا أن المكاتب اذا عجز يباع حينئذ لانه حينئذ قبل النقل هذا ولا نفقة تجب لولد العبد عليه لان أمه ان كانت أمة فالولد عبد لمولاها فنفقته على المولى وان كانت حرة فولده حر ولا تجب نفقة حر على مملوك ولا على مولاه لان ولده أجنبى منه وكذا المكاتب لا يجب عليه نفقة ولده سواء كانت امرأته حرة أو أمة لهذا المعنى واذا كانت امرأة المكاتب مكاتبة وهما لمولى واحد فنفقة الولد على الام لان الولد تابع للام فى كتابتها حتى كان كسب الولد لها وكذا ارش الجناية عليه (قوله فى الصحيح) احتراز عما عن الكرخى انها تنتقل الى قيمته لانها خلفه قال الشيخ أبو الحسين القدورى هذا ليس بصحيح لان النفقة تسقط بالموت لانها فى معنى الصلة والصلات تبطل بالموت قبل القبض والقيمة انما تقام مقام الرقبة فى دين لا يسقط بالموت (قوله وان تزوج الحر أمة) قيد الحر اتفاقى لا فرق بين الحر والعبد والمدبر والمكاتب فى عدم وجوب النفقة قبل التبوئة وانما خصه بالذكر ليعلم النفى فى الباقى بطريق الاولى فانه اذا لم تجب على الحر الذى هو أدخل فى أهلية وجوب المال عليه يلزم ان لا تجب على من ذكر (قوله لعدم الاحتباس) أى من الزوج والمنع من السيد وان كان لحقه لا يثبت معه الموجب وهو احتباس الزوج ولا موجب غيره بخلاف منعها لنفسها لحقها كالمهر فان فوات الاحتباس الموجب من قبل الزوج فيجعل ثابتا وليس هنا كذلك (قوله والتبوئة غير لازمة على مامر فى النكاح) فى باب نكاح الرقيق ولا شك ان حق الاستخدام يتجدد بتجدد المنافع التى تتجدد على ملكه فاذا بوأها فقد ترك حقه مادام لم يستردها واستردادها بعد ذلك ليس رجوعا فيما أسقط بل طلب حقه فيما يستقبل أو الحال وله ذلك ولذا كان له أن يبوئها ثم يستردها ثم يبوئها ثم يستردها وهلم جرا فكلما استردها سقطت فاذا رجع فبوأها وجبت ولو خدمت المولى أحيانا من غير استخدام واسترداد لا تسقط نفقتها لانه لم تبطل التبوئة بذلك لعدم الاسترداد (قوله والمدبرة وأم الولد فى هذا) أى فى وجوب النفقة على الزوج بشرط التبوئة (كالامة) ولم يذكر معهما المكاتبة لانها فى استحقاق النفقة اذا تزوجت باذن المولى كالحرة لاختصاصها بنفسها ومنافعها بحكم عقد الكتابة

﴿فصل﴾ (قوله ليس فيها أحد من أهله) واما أمته فقيل أيضا لا يسكنها معها الا برضاها والمختار ان له ذلك لانه محتاج الى استخدامها فى كل وقت فاذا أفردها فى بيت لا يتمكن من ذلك غير انه لا يطؤها

مقرونا بالنفقة واذا وجب حقا لها ليس له ان يشرك غيرها فيه لانها تتضرر به فانها لا تأمن على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع الا ان تختار لانها رضيت بانتقاص حقها (وان كان له ولد من غيرها فليس له أن يسكنه معها) لما بينا ولو أسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها لان المقصود قد حصل (وله ان يمنع والديها وولدها من غيره وأهلها من الدخول عليها) لان المنزل ملكه فله حق المنع من دخول ملكه (ولا يمنعهم من النظر اليها وكلامها في أي وقت اختاروا) لما فيه من قطيعة الرحم وليس له في ذلك ضرر وقيل لا يمنعهم من الدخول والكلام وانما يمنعهم من القرار والدوام لان الفتنة في اللباث وتطويل الكلام وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول عليها في كل جمعة وفي غيرهما من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح

بحضرتها كما انه لا يحل له وطء زوجته بحضرتها ولا بحضرة الضرة (قوله مقرونا بالنفقة) في قوله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم فان المراد وأنفقوا عليهن من وجدكم وكذلك قرأ ابن عباس والسكنى بالملك أو الاجارة أو العارية واجبة اجماعا (قوله ليس له أن يسكنه معها) قيل الا أن يكون صغيرا لا يفهم الجماع فله اسكانه معها (قوله ولو أسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها) اقتصر على الغلق فأفاد انه وان كان الخلاء مشتركا بعد أن يكون له غلق يخصه وليس لها أن تطالبه بمسكن آخر وبه قال القاضي الامام لان الضرر بالخوف على المتاع وعدم التمكن من الاستمتاع قد زال ولابد من كون المراد كون الخلاء مشتركا بينهم وبين غير الاجانب والذي في شرح المختار ولو كانت في الدار بيوت وأبت أن تسكن مع ضرتها أو مع أحد من أهله ان أخلى لها بيتا وجعل له مرافق وغلقا على حدة ليس لها أن تطلب بيتا ولو شكت انه يضربها أو يؤذيها ان علم القاضي ذلك زجره وان لم يعلم سأل من جيرانه فان لم يوثق بهم أو كانوا يميلون اليه أسكنها بين قوم أخيار يعتمد القاضي على خبرهم (قوله لما فيه) أي المنع من المكالمة (من قطيعة الرحم) في الصحيح لا يدخل الجنة قاطع وفيه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الرحم شجنة من الرحمن قال الله من وصلك وصلته ومن قطعك قطعته والشجنة بكسر الشين وضمها قال أبو عبيد قرابة مشتبكة كاشتباك العروق وقال الخطابي يعني بالشجنة الوصلة (قوله وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول اليها في كل جمعة) ظاهر الخلاصة ان في كل جمعة يتصل بكل من خروجها ودخولهما فانه قال في الفتاوى للزوج أن يضرب المرأة على أربع خصال وما هو في معنى الاربع ترك الزينة والزوج يريدها وترك الاجابة اذا دعاها الى فراشه وترك الصلاة وفي رواية والغسل والخروج من البيت اما لا يمنع من زيارة الابوين في كل جمعة وفي زيارة غيرهما من المحارم في كل سنة وكذا اذا أراد أبوها أو قريبها أن يجيء اليها على هذا الجمعة والسنة انتهى وقوله هو الصحيح احترازا عما ذهب اليه ابن مقاتل من أنه لا يمنع المحرم من الزيارة في كل شهر وعن أبي يوسف في النوادر تقييد خروجها بأن لا يقدرا على اتيانها فان كانا يقدران على اتيانها لا تذهب وهو حسن فان بعض النساء لا يشق عليها مع الاب الخروج وقد يشق ذلك على الزوج فتمنع وقد اختار بعض المشايخ منعها من الخروج اليهما وقد أشار الى نقله في شرح المختار والحق الاخذ بقول أبي يوسف اذا كان الابوان بالصفة التي ذكرت وان لم يكونا كذلك ينبغي ان يأذن لها في زيارتهما في الحين بعد الحين على قدر متعارف أما في كل جمعة فهو بعيد فان في كثرة الخروج فتح باب الفتنة خصوصا اذا كانت شابة والزوج من ذوي الهيئات بخلاف خروج الابوين فانه أيسر ولو كان أبوها زمنا مثلا وهو محتاج الى خدمتها والزوج يمنعها من تعاهده فعليها أن تعصيه مسلما كان الاب أو كافرا وفي مجموع النوازل فان كانت قابلة أو غسالة أو كان لها حق على آخر أو لآخر عليها حق تخرج بالاذن و بغير الاذن والحج على هذا وما عدا ذلك من زيارة الاجانب وعيادتهم والوليمة لا يأذن لها ولا تخرج ولو أذن وخرجت

مقرونا بالنفقة) حيث قال أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وفي قراءة ابن مسعود أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم (واذا وجب السكنى حقا لها فليس له أن يشرك غيرها فيه لانها تتضرر به فانها لا تأمن على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة ومن الاستمتاع) وكلامه واضح وقوله (وهو الصحيح) احترازا عن قول محمد ابن مقاتل الرازي فانه يقول لا يمنع المحارم من الزيارة في كل شهر

قال المصنف (وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين الخ) أقول وفي مجموع النوازل فان كانت قابلة أو غسالة أو كان لها حق على آخر أو لآخر عليها حق تخرج بالاذن و بغير الاذن والحج على هذا وما عدا ذلك من زيارة الاجانب وعيادتهم والوليمة لا يأذن لها ولا تخرج ولو أذن وخرجت كانا عاصيين وتمنع من الحمام قال ابن الهمام وقول الفقيه وتمنع من الحمام خالفه قاضيخان قال في فصل الحمام من فتواه دخول الحمام مشروع للرجال والنساء جميعا الى آخر ما قاله

(واذاغاب الرجل وله مال فى يد رجل يعترف به و بالزوجية فرض القاضى فى ذلك المال نفقة زوجة الغائب و ولده الصغار و والديه وكذا اذا علم القاضى ذلك ولم يعترف به) لانه لما أقر بالزوجية والوديعة فقد أقر أن حق الاخذ لها لان لها ان تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه واقرار صاحب اليد مقبول فى حق نفسه لاسيما ههنا فانه لو أنكر أحد الامرين لا تقبل بينة المرأة فيه لان المودع ليس بخصم فى اثبات الزوجية عليه ولا المرأة خصم فى اثبات حقوق الغائب

كانا عاصيين وتمنع من الحمام فان أرادت أن تخرج الى مجلس العلم بغير رضا الزوج ليس لها ذلك فان وقعت لها نازلة ان سأل الزوج من العالم وأخبرها بذلك لا يسعها الخروج وان امتنع من السؤال يسعها أن تخرج من غير رضاه وان لم يكن لها نازلة ولكن أرادت أن تخرج لتتعلم مسئلة من مسائل الوضوء والصلاة ان كان الزوج يحفظ المسائل ويذكر معها له أن يمنعها وان كان لا يحفظ الاولى أن يأذن لها أحيانا وان لم يأذن فلا شئ عليه ولا يسعها الخروج ما لم يقع لها نازلة وفى الفتاوى فى باب القراءة المرأة قبل أن تقبض مهرها لها أن تخرج فى حوائجها وتزور الاقارب بغير اذن الزوج فان أعطاها المهر ليس لها الخروج الا باذن الزوج ولا تسافر مع عبدها خصيا كان أو فحلا وكذا أبوها المجوسى والمحرم غير المراهق بخلاف المراهق وحده ثلاثة عشر أو اثنتا عشرة سنة ولا تكون المرأة محرما لامرأة وحيث أبحنا لها الخروج فانما يباح بشرط عدم الزينة وتغيير الهيئة الى ما لا يكون داعية الى نظر الرجال والاستمالة قال الله تعالى ولا تبرجن تبرج الجاهلية الاولى وقول الفقيه وتمنع من الحمام خالفه فيه قاضيخان قال فى فصل الحمام من فتاواه دخول الحمام مشروع للنساء والرجال جميعا خلافا لما قاله بعض الناس روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل الحمام وتنور وخالد بن الوليد دخل حمام حمص لكن انما يباح اذا لم يكن فيه انسان مكشوف العورة انتهى وعلى ذلك فلا خلاف فى منعهن من دخوله للعلم بان كثيرا منهن مكشوف العورة وقد وردت أحاديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تؤيد قول الفقيه منها فى النسائى والترمذى وحسنه والحاكم وصححه على شرط مسلم عن جابر رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل الحمام الا بمئزر ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل حليلته الحمام وعن عائشة رضى الله عنها قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الحمام حرام على نساء أمتى رواه الحاكم وقال صحيح الاسناد وورد استثناء النفساء والمريضة رواه أبوداود وابن ماجه عن ابن عمر رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال ستفتح عليكم أرض العجم وستجدون فيها بيوتا يقال لها الحمامات فلا يدخلنها الرجال الا بالازار وامنعوها النساء الا مريضة أو نفساء وفى سندهما عبد الرحمن بن زياد بن أنعم الافريقى وهو مختلف فيه قال أحمد ليس بشئ قال ابن حبان يروى الموضوعات عن الثقات قال الحافظ المنذرى وفيما قاله نظر لم يذكره البخارى فى كتاب الضعفاء وكان يقوى أمره و يقول هو مقارب الحديث وقال الدارقطنى ليس بالقوى و وثقه يحيى بن سعيد وروى عياش عن يحيى بن معين ليس به بأس وقال أبوداود قلت لاحمد بن صالح أيحتج به يعنى عبد الرحمن بن زياد فقال نعم (**قوله** يعترف به و بالزوجية) فى حق الزوجة كان ينبغى أن يزيد قوله و بالنسب فى الولد والوالد لانه رتب على ما ذكر من الاعتراف قوله فرض القاضى فى ذلك المال نفقة زوجة الغائب و ولده الصغار و والديه (**قوله** وكذا اذا علم القاضى ذلك) أى كلا الامرين اما لو علم أحدهما احتاج فى القضاء بالدفع اليهم الى اقرار من عنده أو عليه فى الصحيح دون البينة (**قوله** واقرار صاحب اليد مقبول فى حق نفسه لاسيما هنا) فانه أولى ان يقبل اقراره على نفسه بثبوت حق الاخذ لها مما فى يده أو عليه اذا كان دينا وذلك لانه لا طريق الى اثبات حق الاخذ لها مما فى يده أو عليه اذا كان دينا الا اعترافه بخلاف غيره فان الحق يثبت فيه بالبينة كما يثبت بالاعتراف ولاسيما مركب من لا النافية للجنس وسى فيها وهو سى و معناه المثل قال الشاعر

(واذا غاب الرجل وله فى يد رجل مال يعترف به و بالزوجية وطلبت الزوجة النفقة فرض القاضى فى ذلك المال نفقة زوجته و ولده الصغار و والديه) وان لم يعترف به الرجل ولكن علم القاضى ذلك فكذلك لانه لما أقر بالزوجية والوديعة فقد اقر بأن لها حق الاخذ لان لها أن تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه لحديث هند امرأة أبى سفيان واقرار صاحب اليد مقبول فى نفسه لاسيما ههنا فان اقراره ههنا أشد قبولا من اقرار صاحب اليد فى غير هذا الموضع لتعين طريق اثبات الحق فى اقراره لعدم اثباته بالبينة (فانه لو أنكر أحد الامرين من الزوجية أو الوديعة لا تقبل بينة المرأة فيه) أى فى أحد الامرين لان اقامتها ان كانت لاثبات الزوجية فالمودع ليس بخصم فيه وان كانت لاثبات الوديعة فالمرأة ليست بخصم فى اثبات حقوق الغائب

(قوله لتعين طريق اثبات الحق) أقول أى عند القاضى (قوله لعدم اثباته الخ) أقول أى لعدم امكان اثباته

واذا ثبت عليه الحق باقراره على نفسه تعدى الى الغائب لكون ما أقر به ملكه وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا أحضر صاحب الدين غريما للغائب أو مودعاله وهما معترفان بثبوت دين المدعى على الغائب فان القاضى لا يأمر بقضاء دينه من الوديعة والدين وأجيب بأن أمر القاضى فى حق الغائب انما هو للنظر له وفى الامر بالانفاق على المرأة ذلك ابقاء لملكه وليس فى قضاء الدين نظر لان فيه قضاء عليه بقول الغير بازالة ملكه ثم اذا جاز للقاضى ان يأمر المودع بالانفاق عليها بالبينة المحتملة للكذب فلان يجوز بعلمه الذى لا يحتمله أولى وكذا اذا كان المال فى يده مضاربة لانه أمانة من وجه وكذا اذا كان دينا وقوله (وهذا) أى ماذكرنا من جواز فرض القاضى النفقة اذا كان المال من جنس حقها فى النفقة دراهم أو دنانير أو طعاما أو كان ثيابا من جنس حقها فى الكسوة أما اذا كان المال من خلاف جنسه فلا يفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغائب ههنا بالاتفاق اما عند أبى حنيفة فلانه لا يباع على الحاضر لان البيع عليه انما يكون بطريق الحجر والحجر على الحر العاقل البالغ عنده غير صحيح فكذا على الغائب بل بالطريق الاولى وأما عندهما ان كان يقضى على الحاضر لانه يعرف امتناعه المشروط فى جواز البيع فلا يقضى على الغائب لعدم ذلك قال (ويأخذ منها كفيلا بها نظرا للغائب) من عنده المال اذا اعترف به وبالزوجية ينظر القاضى فيحلفها انها ما استوفت النفقة فاذا حلفت دفع اليها النفقة وأخذ منها كفيلا لجواز ان يحضر الزوج فيقيم البينة على ايفاء نفقتها فان اتفق ذلك كان الزوج مخيرا فى اخذ ما شاء من المرأة والكفيل وكلامه واضح

واذا ثبت فى حقه تعدى الى الغائب وكذا اذا كان المال فى يده مضاربة وكذا الجواب فى الدين وهذا كله اذا كان المال من جنس حقها دراهم أو دنانير أو طعاما أو كسوة من جنس حقها أما اذا كان من خلاف جنسه لا تفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغائب بالاتفاق أما عند أبى حنيفة رحمه الله فلانه لا يباع على الحاضر وكذا على الغائب وأما عندهما فلانه ان كان يقضى على الحاضر لانه يعرف امتناعه لا يقضى على الغائب لانه لا يعرف امتناعه قال (ويأخذ منها كفيلا بها) نظرا للغائب لانها ربما استوفت النفقة أو طلقها الزوج وانقضت عدتها فرق بين هذا وبين الميراث اذا قسم بين ورثة حضور بالبينة ولم يقولوا لا نعلم له وارثا آخر حيث لا يؤخذ منهم الكفيل عند أبى حنيفة لان هناك المكفول له مجهول وههنا معلوم وهو الزوج

فاياكم وحية بطن واد * هموس الناب ليس لكم بسى

أى بمثل ولا شبيه وهو واحد سيان من قولك هما سيان وأصله سوى قلبت الواو ياء اما لسكونها بعد كسرة أو لاجتماعها مع الياء وسبق احداهما بالسكون فان جررت ما بعدها كزيد مثلا فى قولك أكرمنى القوم لاسيما زيد فهو على أن سيا مضاف الى زيد وما زائدة مقحم كقوله

كل ماحى وان أمروا * واردو الحوض الذى وردوا

وان رفعته فعلى أن سيا يضاف الى ما وهو موصول اسمى حذف صدر صلته والتقدير لا مثل الذى هو زيد وجاز كونه مضافا مع ان اسم لا يجب كونه نكرة لانه بمعنى مثل ومثل لا يتعرف بالاضافة وخبر لا محذوف واذا كان كذلك ففى كلا الوجهين خروج عن الاصل فى الجر بالزيادة بين المضاف والمضاف اليه وفى الرفع بحذف صدر صلة الموصول وهو انما يقاس اذا طالت الصلة واختار المحققون الجر على الرفع لان زيادة ما أوسع من حذف المبتدا مع ما ينضم اليه من كونه فى خصوص ذلك الموقع وقد يقال زيادة ما فى نفسه كثير ولكن بين المتضايفين ممنوع فتكافآ وأما نصب ما بعدها فقال ابن الدهان صاحب الغرة لا أعرف له وجها وعن هذا لم يذكر ابن معط فى فصوله فى المستثنى بلاسيما سوى الجر والرفع وذكر بيت امرئ القيس

ألا رب يوم لك منهن صالح * ولاسيما يوم بدارة جلجل

بالوجهين ولم يذكر فيه النصب لكن قد روى النصب فيه أيضا فقيل على الظرف وقيل على التشبيه بالمفعول وقيل مجموع لاسيما بمنزلة الا ومعنى الاخراج الذى يقتضيه الا فيها هو الاخراج من ذلك الحكم باثبات ما هو أبلغ منه فاذا قلت أكرمنى القوم لاسيما زيد فقد أثبت له ابلغ من اكرامهم وقد جاء تخفيفها بحذف احدى الياءين فقيل الاولى لانها ساكنة وهو أضعف من المتحرك فكان حذفه أولى وقيل الثانية لانها لام والاعلال فى اللام أولى (قوله واذا ثبت فى حقه) باقراره ان حق الاخذ لها مما فى يده (تعدى الى الغائب ضرورة) أورد عليه طلب الفرق بين هذا وبين ما لو جاء صاحب الدين بمودع أو بمديون للغائب معترف بالدين والوديعة فانه لا يقضى عليه بالدفع الى صاحب الدين وأجيب أن القضاء يتبع النظر للغائب ففى الامر بالانفاق نظر له بابقاء ملكه الثابت بالنكاح وابقاء ما هو فى معنى نفسه أعنى قرابة الولاد وليس فى قضاء دينه ذلك بل هو قضاء عليه بقول الغير (قوله فانه لا يباع على الحاضر) حتى

(قوله وأجيب بأن أمر القاضى الى قوله بازالة ملكه) أقول وفيه اعتراف باحتياج ماذكر فى مقام التعليل الى تتميمة ليتم (قوله بالانفاق عليها بالبينة الخ) أقول فيه بحث لما تقدم آنفا ان طريق اثبات الحق هنا منحصر فى اقراره والجواب ان مراده بالبينة هو اقرار المودع (قوله وقوله وهذا أى ماذكرنا من جواز فرض القاضى النفقة الخ) أقول للزوجة أو الولد أو الوالدين على تقدير اعتراف المودع أو المضارب أو المديون بكلا الامرين أو علم القاضى بذلك وهذا معنى قول المصنف كله كما لا يخفى (قوله امتناعه المشروط) أقول قوله المشروط صفة الامتناع

(ولا يقضى بنفقة فى مال غائب الا لهؤلاء) يعنى زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه أما غيرهم من المحارم كالاخوة والاخوات والاعمام والعمات فلا يقضى بنفقتهم فيه ووجه الفرق ماذكره فى الكتاب وقوله (لانه مجتهد فيه) قيل لان الشافعى لا يوجب النفقة لغير الوالدين والمولودين وفيه نظر سيأتى وقوله (ولو لم يعلم القاضى بذلك) متصل بقوله وكذا اذا علم القاضى بذلك وقوله (و) لو (لم يكن) يعنى الرجل (مقرا به) متصل بقوله يعترف به وبالزوجية وقوله (فاقامت البينة على الزوجية) يعنى فى الصورتين اذا كان ثمة وديعة ولكن ينكر الزوجية أو أقامتها ليفرض القاضى نفقة فيما اذا لم يخلف مالا ولم يعلم القاضى بالزوجية وكلامه ظاهر وقوله (فى هذه المسئلة أقاويل مرجوع عنها فلم يذكرها) من تلك الاقاويل ماذكروه من قولهم اذا جحد المديون أو المودع الزوجية بينهما والمال فى يده فقد كان أبو حنيفة يقول أولا تقبل بينتها على الزوجية ثم رجع فقال لا تقبل (٣٣٨) بينتها ومنها اما اذا لم يكن للزوج الغائب مال حاضر فطلبت المرأة من القاضى ان يسمع بينتها على النكاح ليفرض النفقة على الغائب ويأمرها بالاستدانة لم يجبها الى شئ من ذلك لان هذا قضاء على الغائب وهذا قول أبى حنيفة الآخر وهو قولهما وأما قول أبى حنيفة الاول وهو قول زفر يجيبها الى ذلك وهو المذكور فى الكتاب وان كان للغائب دين أو وديعة وكل من المديون والمودع مقر بالدين والوديعة والنكاح فالقاضى يأمر أولا بالانفاق من الوديعة لان القاضى نصب ناظرا ونظر الغائب فى البداءة بالوديعة لانها تحتمل الهلاك بخلاف الدين

ويحلفها بالله ما أعطاها النفقة نظرا للغائب قال (ولا يقضى بنفقة فى مال غائب الا لهؤلاء) ووجه الفرق هو ان نفقة هؤلاء واجبة قبل قضاء القاضى ولهذا كان لهم أن يأخذوا قبل القضاء فكان قضاء القاضى اعانة لهم أما غيرهم من المحارم فنفقتهم انما تجب بالقضاء لانه مجتهد فيه والقضاء على الغائب لا يجوز ولو لم يعلم القاضى بذلك ولم يكن مقرا به فأقامت البينة على الزوجية أو لم يخلف مالا فأقامت البينة ليفرض القاضى نفقتها على الغائب ويأمرها بالاستدانة لا يقضى القاضى بذلك لان فى ذلك قضاء على الغائب وقال زفر يقضى فيه لان فيه نظرا لها ولا ضرر فيه على الغائب فانه لو حضر وصدقها فقد أخذت حقها وان جحد يحلف فان نكل فقد صدق وان أقامت بينة فقد ثبت حقها وان عجزت يضمن الكفيل أو المرأة وعمل القضاة اليوم على هذا انه يقضى بالنفقة على الغائب لحاجة الناس وهو مجتهد فيه وفى هذه المسئلة أقاويل مرجوع عنها فلم يذكرها

لو امتنع عن أداء الدين وعنده أموال غير الاثمان لا يبيع عليه القاضى بل يأمره أن يبيع هو ويقضى فان لم يفعل حبسه أبدا حتى يبيع لان البيع عليه حجر عليه ولا يحجر على العاقل البالغ وعندهما يبيع على الحاضر اذا امتنع من البيع (قوله ويحلفها بالله ما أعطاها النفقة) ثم اذا جاء الغائب فهو على حجته فى اعطاء النفقة وفى كل موضع جاز القضاء بالدفع كان لها أن تأخذ بغير قضاء من ماله شرعا أصله حديث هند امرأة ابى سفيان المتقدم وعن هذا قلنا لو كان للغائب مال حاضر فى بيته والقاضى يعلم الزوجية أطلق الاخذ منه ولا يكون هذا قضاء بل ايفاء والايفاء لا يمتنع بسبب الزوجية ألا يرى ان من أقر بدين ثم غاب وله مال حاضر من جنس الدين فطلب المقر له من القاضى الايفاء منه اجابه الى ذلك (قوله الا لهؤلاء) وهم الزوجة والوالدان والولد الصغير ويستدرك عليه الاولاد الكبار الاناث والذكور الكبار الزمنى ونحوهم لانهم كالصغار للعجز عن الكسب (قوله فنفقتهم انما تجب بالقضاء) لاشك ان الوجوب ثابت بدليله قبل القضاء حتى كان عليه ان ينفق عليهم إذا كانوا فقراء ديانة وانما المراد انه لما كان مجتهدا فيه فقد يمتنع تمسكا بقول من يرى ان لا تجب النفقة فلا يعين عليه قول الوجوب الا القضاء به فينتفى تأويله ويتقرر فى ذمته ويجبر عليه اذا امتنع وفى الكافى لو أنفق المديون أو المودع نفقة هؤلاء بغير أمر القاضى ضمن المودع ولا يبرأ المديون ولكن لا يرجع على من أنفق عليه ولو اجتمع الدين والوديعة فالقاضى يأمر بالانفاق من الوديعة أولا لانه أنظر للغائب فان الدين محفوظ لا يحتمل الهلاك بخلاف الوديعة (قوله وفى هذه المسئلة أقاويل مرجوع عنها) منها قول أبى حنيفة

قال المصنف (ويحلفها بالله ما أعطاها النفقة نظرا للغائب) أقول وفى غاية البيان ولم يحتل بها ولا أبرأته منها اه وفيه بحث الا أن يراد الابراء فى صورة الاختلاع قال المصنف (اما غيرهم من المحارم فنفقتهم انما تجب بالقضاء) أقول قال تاج الشريعة يعنى ان الاداء انما يجب به أما نفس الوجوب فثابت عندنا اه والا فليس للقاضى ايجاب مالم يكن أوجبه الشرع لانه يكون قد شرع وليس ذلك لغير رسول الله صلى الله عليه وسلم (قوله وفيه نظر سيأتى) أقول يعنى سيأتى بعد ورقتين ولعل وجه النظر انها ثابتة بالدليل القطعى وهو قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك فخلاف الشافعى رحمه الله لا يعتد به كخلاف ابن المسيب فى التحليل بالنكاح وخلاف الشافعى فى حل متروك التسمية عامدا وسيصرح الشارح ان الآية دليل قطعى فى ذلك فى العتاق قال المصنف (ولو لم يعلم القاضى الخ) أقول ولو علم القاضى بالزوجية دون المال واعترف المودع بالمال دون الزوجية ينبغى ان يفرض النفقة ولم أر بعد عين المسئلة (قوله يعنى فى الصورتين) أقول بل ذلك فى الصورة الاولى وأما اقامتها فى الصورة الثانية فيجئ أيضا عقيبه (قوله ومنها اما اذا لم يكن للزوج الخ) أقول فيه تسامح والمراد ظاهر

﴿فصل﴾ (واذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى فى عدتها رجعيا كان أو بائنا) وقال الشافعى لا نفقة للمبتوتة الا اذا كانت حاملا أما الرجعى فلان النكاح بعده قائم لاسيما عندنا فانه يحل له الوطء وأما البائن فوجه قوله ماروى عن فاطمة بنت قيس قالت طلقنى زوجى ثلاثا فلم يفرض لى رسول الله صلى الله عليه وسلم سكنى ولا نفقة ولانه لا ملك له وهى مرتبة على الملك ولهذا لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه بخلاف ما اذا كانت حاملا لانا عرفناه بالنص وهو قوله تعالى وان كن أولات حمل فانفقوا عليهن الآية ولنا ان النفقة جزاء احتباس على ماذكرنا والاحتباس قائم فى حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد اذ العدة واجبة لصيانة الولد فتجب النفقة ولهذا كان لها السكنى بالاجماع

حنيفة أولا إذا جحد المديون أو المودع الزوجية تسمع بينتها على الزوجية لانها تدعى حقا فيما فى يده من المال بسبب فكان خصما فى اثبات ذلك السبب كمن ادعى بيتا فى يد انسان انه له اشتراه من فلان الغائب ثم رجع الى انها لا تقبل منه وهو قولهما لانها تثبت النكاح على الغائب ومن عنده المال ليس خصما فيه ومنها ما قال به زفر رحمه الله من سماع بينتها على الزوجية ليفرض لها اذا لم يكن له مال حاضر ويأمرها بالاستدانة ثم رجع الى قولهما وقول زفر فى ذلك متقرر ونقل مثل قول زفر عن أبى يوسف فقوى عمل القضاة لحاجة الناس الى ذلك ﴿فروع﴾ فى الفتاوى امرأة قالت ان زوجى يطيل الغيبة عنى فطلبت كفيلا بالنفقة قال أبو حنيفة ليس لها ذلك وقال أبو يوسف آخذ كفيلا بنفقة شهر واحد استحسانا وعليه الفتوى فلو علم انه يمكث فى السفر أكثر من شهر أخذ عند أبى يوسف الكفيل بأكثر من شهر وعن أبى يوسف أيضا لو كفل بنفقتها ما عاشت أو كل شهر أو ما بقى النكاح بينهما صح وقال أبو حنيفة هو على شهر واحد ولو ضمن لها نفقة سنة جاز وان لم تكن واجبة ولو طلقها رجعيا أو بائنا والمسئلة بحالها كفل بنفقة عدتها كل شهر لان العدة من أحكام النكاح

﴿فصل﴾ (قوله وقال الشافعى رحمه الله لا نفقة للمبتوتة) وهى المطلقة ثلاثا والمختلعة إذ لا بينونة عنده بغير ذلك (الا ان تكون حاملا) فان فى بطنها ولده وحديث فاطمة بنت قيس رواه فى صحيح مسلم ان أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب فأرسل اليها وكيله بشعير فسخطته فقال والله مالك علينا من سبيل فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ليس لك نفقة وأمرها ان تعتد فى بيت أم شريك ثم قال تلك امرأة يغشاها أصحابى اعتدى عند ابن أم مكتوم فانه رجل أعمى تضعين ثيابك فاذا حللت فآذنينى قالت فلما حللت ذكرت له ان معاوية بن أبى سفيان وأبا جهم خطبانى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه وأما معاوية فصعلوك لا مال له انكحى أسامة ابن زيد فنكحته فجعل الله فيه خيرا واغتبطت به وأخرجه مسلم أيضا وقال فيه لا نفقة لك ولا سكنى ورواه أيضا وقال فيه ان أبا حفص بن المغيرة خرج مع على بن أبى طالب رضى الله عنه فأرسل الى امرأته فاطمة بنت قيس بتطليقة كانت بقيت من تطليقها وعلى هذا فتحمل رواية الثلاث على انه أوقع واحدة هى تمام الثلاث وأمر لها الحرث بن هشام وعياش بن أبى ربيعة بنفقة فسخطتها فقالا والله ليس لك نفقة الا ان تكونى حاملا فأتت النبى صلى الله عليه وسلم فذكرت له قولهما فقال لا نفقة لك زاد أبو داود فى هذا باسناد مسلم عقيب قول عياش بن أبى ربيعة والحرث بن هشام ولا نفقة لك الا ان تكونى حاملا وفى شرح الكنز نسبه الى مسلم لكن الحق ما علمت وفى رواية لمسلم ان أبا حفص بن المغيرة المخزومى طلقها ثلاثا ثم انطلق الى اليمن فقال لها أهله ليس لك علينا نفقة فانطلق خالد بن الوليد فى نفر فأتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بيت ميمونة الحديث والجواب ان شرط قبول خبر الواحد عدم طعن السلف فيه وعدم الاضطراب وعدم معارض يجب تقديمه والمتحقق فى هذا الحديث

﴿فصل﴾ لما فرغ من بيان النفقة والسكنى حال قيام النكاح بينهما شرع فى بيانها بعد (٣٣٩) المفارقة (واذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى فى عدتها رجعيا كان أو بائنا وقال الشافعى لا نفقة للمبتوتة) وهى التى طلقها الزوج ثلاثا أو طلقها بعوض وان كانت واحدة (الا اذا كانت حاملا أما الرجعى فلان النكاح بعده قائم لاسيما عندنا فانه يحل له الوطء) كما تقدم (وأما البائن فوجه قوله ماروى عن فاطمة بنت قيس الخ) رواه مسلم وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وقوله (الا انا عرفناه) أى وجوب نفقة الحامل بالنص وهو قوله تعالى وان كن أولات حمل فانفقوا عليهن والدليل على انه فى المطلقات آخر الآية وهو قوله تعالى حتى يضعن حملهن والنفقة فى غير المطلقات غير مغياة بوضع الحمل

(فصل) واذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة قال المصنف (اما الرجعى فلان النكاح بعده قائم) أقول فيه ان الزوجية زائلة عند الشافعى رحمه الله لوجود القاطع على مامر فى آخر باب الرجعة (قوله والدليل على انه فى المطلقات آخر الآية وهو قوله تعالى حتى يضعن حملهن والنفقة فى غير المطلقات غير مغياة الخ) أقول فيه ان مفهوم الغاية غير معتبر عند الحنفية على ماسيصرح به الشارح فى كتاب البيع وان صرح غيره بخلافه والاولى أن يستدل برجوع الضمير الى المطلقات فان سياق النظم فيهن الا أن يكون المراد الالزام

وصار كما اذا كانت حاملا وحديث فاطمة بنت قيس رده عمر رضى الله عنه فانه قال لاندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لاندرى صدقت أم كذبت حفظت أم نسيت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى مادامت فى العدة ورده أيضا زيد بن ثابت وأسامة بن زيد وجابر وعائشة رضى الله عنهم (ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها) لان احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فان التربص عبادة منها

ضد كل من هذه الامور أما طعن السلف فقد طعن عليها فيه أكابر الصحابة ممن سنذكر مع انه ليس من عادتهم الطعن بسبب كون الراوى امرأة ولا كون الراوى اعرابيا فقد قبلوا حديث فريعة بنت مالك بن سنان أخت أبى سعيد الخدرى فى اعتداد المتوفى عنها زوجها فى بيت زوجها مع انها لا تعرف الا فى هذا الخبر بخلاف فاطمة بنت قيس فانها تعرف بذلك الخبر وبخبر الدجال حفظته مع طوله ووعته وأدته ثم قد ظهر لها من الفقه ما أفاد علما وجلالة قدر وهو ما فى صحيح مسلم من ان مروان أرسل اليها قبيصة بن أبى ذؤيب يسألها عن الحديث فحدثته به فقال مروان لم نسمع هذا الحديث الا من امرأة سنأخذ بالعصمة التى وجدنا الناس عليها فقالت فاطمة حين بلغها قول مروان بينى وبينكم القرآن قال الله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة الى قوله تعالى لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا قالت هذا لمن كانت له مراجعة فأى أمر يحدث بعد ذلك فكيف تقولون لا نفقة لها إذا لم تكن حاملا فعلام تحبسونها وقبل عمر خبر الضحاك بن سفيان الكلابى وحده وهو اعرابى فعرفنا ان رد عمر وغيره لخبرها ليس الا لما علموه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مخالفا له وقد استقر الحال عليه بعد وفاته صلى الله عليه وسلم بين السلف الى ان روت فاطمة رضى الله عنها هذا الخبر مع ان عمر رده وصرح بالرواية بخلافه فى صحيح مسلم عن أبى اسحق قال كنت مع الاسود بن يزيد جالسا فى المسجد الاعظم ومعنا الشعبى فحدث الشعبى بحديث فاطمة بنت قيس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها سكنى ولا نفقة فأخذ الاسود كفا من حصا فحصبه به وقال ويلك تحدث بمثل هذا قال عمر لا نترك كتاب ربنا ولا سنة نبينا لقول امرأة لا ندرى حفظت أم نسيت لها السكنى والنفقة قال الله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة فقد أخبر ان سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لها النفقة والسكنى ولا ريب فى أن قول الصحابى من السنة كذا رفع فكيف إذا كان قائله عمر رضى الله عنه وفيما رواه الطحاوى والدارقطنى زيادة قوله سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة ثلاثا النفقة والسكنى وقصارى ما هنا ان تعارض روايتها بروايته فأى الروايتين يجب تقديمها وقال سعيد بن منصور حدثنا أبو معاوية حدثنا الاعمش عن ابراهيم قال كان عمر رضى الله عنه اذا ذكر عنده حديث فاطمة قال ما كنا نغير فى ديننا بشهادة امرأة فهذا شاهد على انه كان الدين المعروف المشهور وجوب النفقة والسكنى فينزل حديث فاطمة من ذلك منزلة الشاذ والثقة اذا شذ لا يقبل ما شذ فيه ويصرح بهذا ما فى مسلم من قول مروان سنأخذ بالعصمة التى وجدنا الناس عليها والناس اذ ذاك هم الصحابة فهذا فى المعنى حكاية اجماع الصحابة ووصفه بالعصمة وفى الصحيحين عن عروة انه قال لعائشة ألم ترى الى فلانة بنت الحكم طلقها زوجها البتة فخرجت فقالت بئس ما صنعت فقال ألم تسمعى الى قول فاطمة فقالت أما انه لا خير لها فى ذكر ذلك فهذا غاية الانكار حيث نفت الخير بالكلية عنه وكانت عائشة اعلم بأحوال النساء فقد كن يأتين الى منزلها ويستفتين منه صلى الله عليه وسلم وكثر وتكرر وفى صحيح البخارى عن عائشة رضى الله عنها انها قالت لفاطمة ألا تتقى الله تعالى تعنى فى قولها لا سكنى ولا نفقة وقال القاضى اسمعيل حدثنا نصر بن على حدثنى أبى عن هرون عن

وقوله (وصار كما اذا كانت حاملا) اعترض عليه بأن الحائل لو كانت كالحامل فى وجوب النفقة لم يبق لتخصيص الحامل فى النص فائدة وأجيب بأن الفائدة رفع الاشتباه وبيانه ان الحائل تستحق النفقة ثلاثة قروء وكان يشتبه بأن الحامل أيضا تستحق ذلك المقدار أو زيادة فرفع ذلك وقال لها النفقة فى جميع مدة الحمل حتى يضعن حملهن وقوله (ولا ندع كتاب ربنا) يريد به قوله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ووجه ذلك أن الوجد هو السعة والغنى وذلك يرجع الى ما علك به أما الاسكان فانه قد علك اسكانها فى غير ملكه حيث يسكن هو ولا علك الانفاق من غير ملكه وكان تقديره والله أعلم ما تلاه ابن مسعود وأنفقوا عليهن من وجدكم وقوله (سنة نبينا) يريد به قوله سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى مادامت فى العدة وقوله (ورده أيضا زيد بن ثابت وأسامة ابن زيد) هو زوج فاطمة الراوية فان أسامة كان اذا سمعها تحدث بهذا الحديث رماها بكل شئ فى يده وقالت عائشة تلك المرأة فتنت العالم أى بروايتها هذا الحديث

وقوله (ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها) ظاهر

محمد

محمد بن اسحق قال أحسبه عن محمد بن ابراهيم ان عائشة قالت لفاطمة بنت قيس انما أخرجك هذا اللسان يعنى انها استطالت على أحمائها وكثر الشر بينهم فأخرجها عليه الصلاة والسلام لذلك ويفيد ثبوته عن عائشة ان سعيد بن المسيب قد احتج به وهو معاصر عائشة وأعظم متتبع لأقوال من عاصره من الصحابة حفظا ودراسة ولولا انه علمه عنها ما قاله وذلك ما فى أبى داود من حديث ميمون بن مهران قال قدمت المدينة فدفعت الى سعيد بن المسيب فقلت فاطمة بنت قيس طلقت فخرجت من بيتها فقال سعيد تلك امرأة فتنت الناس كانت لسنة فوضعت على يد ابن أم مكتوم وهذا هو المناسب لمنصب ابن المسيب فانه لم يكن لينسب الى صحابية ذلك من عند نفسه وكذا هو والله أعلم مستند سليمان بن يسار حيث قال خروج فاطمة انما كان عن سوء الخلق رواه أبو داود فى سننه عنه وممن رده زوجها أسامة بن زيد حب رسول الله صلى الله عليه وسلم روى عبد الله بن صالح قال حدثنى الليث بن سعد حدثنى جعفر عن أبى هرمز عن أبى سلمة بن عبد الرحمن قال كان محمد بن أسامة بن زيد يقول كان أسامة اذا ذكرت فاطمة شيأ من ذلك يعنى من انتقالها فى عدتها رماها بما فى يده انتهى هذا مع انه هو الذى تزوجها بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان أعرف بالمكان الذى نقلها عنه الى منزله حتى بنى بها فهذا لم يكن قطعا الا لعلمه بأن ذلك غلط منها أو لعلمه بخصوص سبب جواز انتقالها من اللسن أو خيفة المكان وقد جاء ذلك أيضا ولم يظفر المخرج رحمه الله بحديث أسامة فاستغربه والله الميسر وقال الليث حدثنى عقيل عن ابن شهاب قال أخبرنا أبو سلمة بن عبد الرحمن فذكر حديث فاطمة قال فأنكر الناس عليها ما كانت تحدث من خروجها قبل أن تحل وفى معجم الطبرانى بسنده عن إبراهيم أن ابن مسعود وعمر رضى الله عنهما قالا المطلقة ثلاثا لها السكنى والنفقة وأخرج الدارقطنى عن حرب بن أبى العالية عن أبى الزبير عن جابر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال المطلقة ثلاثا لها النفقة والسكنى قال عبد الحق انما يؤخذ من حديث أبى الزبير عن جابر ما ذكر فيه السماع أو كان عن الليث عن أبى الزبير وحرب بن أبى العالية أيضا لا يحتج به ضعفه ابن معين والاشبه وقفه على جابر وهذا بتقدير تسليم ما ذكره من توهين رفعه يرد قول من ذكر ان جابرا على قول فاطمة وقد تم بما ذكرنا بيان المعارض والطعن وأما بيان الاضطراب فقد سمعت فى بعض الروايات انه طلقها وهو غائب وفى بعضها انه طلقها ثم سافر وفى بعض الروايات انها ذهبت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته وفى بعضها ان خالد ابن الوليد ذهب فى نفر فسألوه صلى الله عليه وسلم وفى بعض الروايات سمى الزوج أبا عمرو بن حفص وفى بعضها أبا حفص بن المغيرة والاضطراب موجب لضعف الحديث على ما عرف فى علم الحديث وممن رد الحديث زيد بن ثابت ومروان بن الحكم ومن التابعين مع ابن المسيب شريح والشعبى والحسن بن حى والاسود بن يزيد وممن بعدهم الثورى وأحمد بن حنبل وخلق كثير ممن تبعهم فان قيل هذا العذر بتقدير ثبوته انما أسقط تلك السكنى والحال انه صلى الله عليه وسلم قال لها لا نفقة لك ولا سكنى قلنا ليس علينا أولا أن نشتغل ببيان العذر عما روت بل يكفى ما ذكرنا من انه شاذ مخالف لما كان الناس عليه ولما روى عمر فى تركه كائنا ما كان هو فى نفسه الا أن الاشتغال بذلك حسن حملا لمرويها على الصحة ونقول فيه ان عدم السكنى كان لما سمعت وأما عدم النفقة فلان زوجها كان غائبا ولم يترك مالا عند أحد سوى الشعير الذى بعث به اليها فطالبت هى أهله على ما فى مسلم من طريق انه طلقها ثلاثا ثم انطلق الى اليمن فقال لها أهله ليس لك علينا نفقة الحديث فلذلك قال صلى الله عليه وسلم لها لا نفقة لك ولا سكنى على تقدير صحته لانه لم يخلف مالا عند أحد وليس يجب لك على أهله شئ فلا نفقة لك على أحد بالضرورة فلم تفهم هى الغرض عنه صلى الله عليه وسلم فجعلت تروى نفى النفقة مطلقا فوقع انكار الناس عليها ثم ان فى كتاب الله تعالى من غير ما نظرت فيه فاطمة بنت قيس ما يفيد

ألا ترى ان معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى لا يشترط فيها الحيض فلا تجب نفقتها عليه ولان النفقة تجب شيأ فشيأ ولاملك له بعد الموت فلا يمكن ايجابها فى ملك الورثة (وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها) لانها صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كما اذا كانت ناشزة بخلاف المهر بعد الدخول لانه وجد التسليم فى حق المهر بالوطء وبخلاف ما اذا جاءت الفرقة من قبلها بغير معصية كخيار العتق وخيار البلوغ والتفريق لعدم الكفاءة لانها حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة كما اذا حبست نفسها لاستيفاء المهر (وان طلقها ثلاثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها) من نفسها (فلها النفقة) معناه مكنت بعد الطلاق لان الفرقة تثبت بالطلقات الثلاث ولا عمل فيها للردة والتمكين الا ان المرتدة تحبس حتى تتوب ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس فلهذا يقع الفرق

وجوب السكنى والنفقة لها وهو قوله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم قد علم ان المراد وأنفقوا عليهن من وجدكم وبه جاءت قراءة ابن مسعود المروية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مفسرة له وهذه الآية انما هي فى البوائن بدليل المعطوف وهو قوله تعالى عقيبه ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ولو كانت الآية فى غير المطلقات أوفى الرجعيات كان التقدير أسكنوا الزوجات والرجعيات من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ومعلوم انه لا معنى حينئذ لجعل غاية إيجاب الانفاق عليها الوضع فان النفقة واجبة لها مطلقا حاملا كانت أولا وضعت حملها أولا بخلاف ما اذا كانت فى البوائن فان فائدة التقييد بالغاية دفع توهم عدم النفقة على المعتدة الحامل فى تمام مدة الحمل لطولها والاقتصار على ثلاث حيض أو ثلاثة أشهر وكذا قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة فانه عام فى المطلقات وقوله تعالى فاذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف يرجع الى الرجعيات منهن وذكر حكم خاص ببعض ما يتناوله الصدر لا يبطل عموم الصدر (قوله ألا ترى أن معنى التعرف عن براءة الرحم ليس مراعى فيها) استيضاح على ان وجوبها لحق الشرع عبادة فانه لو لم تحض فيها انقضت العدة ما لم يظهر حبل وكذا يدل عليه وجوبها بالموت قبل الدخول ويعارض ذلك انقضاؤها اذا لم تعلم بموته حتى مضت مدة العدة وأنت اذا أنعمت النظر فيما ذكرنا فى باب العدة فى مسئلة تداخل العدتين ظهر لك جواب هذا فارجع إليه وأتقنه (قوله وكل فرقة جاءت من قبل الزوجة بمعصية) احترز به عما يجىء من قبل الزوج مطلقا وعما يجىء من قبلها بغير معصية فان لها النفقة فيهما والحاصل ان الفرقة اما من قبله أو قبلها ففى الاول لها النفقة مطلقا سواء كانت بغير معصية مثل الفرقة بطلاقه أو لعانه أو عنته أو جبه بعد الخلوة ويشكل على ايجاب النفقة للملاعنة ما قدمناه فى باب اللعان فى الحديث من انه صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها بيتا ولا قوتا عليه أو بمعصية مثل الفرقة بتقبيله بنت زوجته أو بايلائه مع عدم فيئه حتى مضت أربعة أشهر أو باباءة الاسلام اذا أسلمت هى أو ارتد هو فعرض عليه الاسلام فلم يسلم لان بمعصيته لا تحرم هى النفقة وأما الثانى فاما بمعصية مثل تمكينها ابن الزوج أو باباءتها اذا أسلم هو وهى وثنية أو مجوسية وردتها فلا تجب لها نفقة لانها والحالة هذه حابسة نفسها بغير حق فكانت كالناشزة واما بغير معصية مثل الفرقة بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة ووطء ابن الزوج لها مكرهة تجب لانها حبست نفسها بحق لها أو عذرت شرعا فيه ولها السكنى فى جميع الصور لان القرار فى منزل الزوج حق عليها فلا يسقط بمعصيتها أما النفقة فحق لها فتجازى بسقوطه بمعصيتها (قوله بخلاف المهر بعد الدخول) يعنى انه يجب لها وان جاءت الفرقة من جهتها بمعصية لانه وجد الموجب له وهو تسليم نفسها فتقرر الحق لها فيه قبل طرو المعصية (قوله وان طلقها ثلاثا ثم ارتدت سقطت نفقتها) لا لعين الردة هنا لان الفرقة لم تجئ بسببها فهى وتمكينها ابن الزوج بعد الطلاق

وقوله (وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها) انما لم يتعرض للسكنى لانها واجبة بأى فرقة كانت لان القرار فى البيت مستحق عليها فلا يسقط بمعصيتها فأما النفقة فواجبة لها فتسقط بمعصية من قبلها وأما الردة فقد ذكرها شيخ الاسلام فى مبسوطه وقال انما تسقط نفقة المرتدة اذا أخرجت للحبس من بيت العدة وأما اذا قعدت ولم تخرج من بيت الزوج للحبس فلها النفقة (وان طلقها ثلاثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة) والفرق ما ذكره فى الكتاب وهو واضح قال فى النهاية وهذا الذى ذكرنا كله فى الطلاق البائن والطلقات الثلاث وأما المعتدة بالطلاق الرجعى اذا وطئها ابن الزوج أو قبلها بشهوة وهى مطاوعة أو ارتدت فحبست أو لم تحبس فلا نفقة لها لان الطلاق الرجعى لا يقع به الفرقة وكان وقوع الفرقة بسبب وجد منها وهو معصية فيوجب ذلك سقوط النفقة بخلاف الطلاق البائن

﴿فصل﴾ (ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها أحد كما لا يشاركه فى نفقة الزوجة)

الثلاث سواء فكما لا تسقط النفقة بالتمكين هنا لا تسقط والعياذ بالله بالردة فانما تسقط فى هذه الردة اذا أخرجت وحبست اذ لا نفقة للمحبوسة كما أشار اليه المصنف فى التعليل أو اذا لحقت حتى لو لم تلحق بدار الحرب ولم تخرج بعد هذه الردة كان لها النفقة ولو حبست أو لحقت فعادت الى الاسلام ورجعت الى بيتها عاد استحقاقها النفقة وماذكر فى الجامع من قوله ولو عادت إلى بيتها مسلمة أو مرتدة عادت نفقتها بخلاف ما بعد اللحاق يخالفه ماذكر فى الذخيرة لو عادت إلى دار الاسلام فلها النفقة والسكنى ووفق بحمل المذكور فى الجامع على ما إذا حكم بلحاقها وما فى الذخيرة على ما قبل الحكم به بخلاف ما إذا وقعت الفرقة بالردة فانها لو أسلمت وعادت إلى منزله لا تجب لها نفقة لانها المفوتة لملك النكاح وهو لا يعود بعودها إلى المنزل مسلمة ولو كان تمكينها وردتها فى عدة الطلاق الرجعى سقطت النفقة كما لو كانا قبل الطلاق لقيام النكاح فى الرجعى وفى شرح الطحاوى الاصل ان كل امرأة كانت لها نفقة يوم طلقت ثم صارت إلى حال لا نفقة لها فلها أن تعود وتأخذ النفقة وكل امرأة لا نفقة لها يوم طلقت فليس لها نفقة بعده فلو طلق الامة بائنا وكانت مبوأة معه بيتا فأخرجها المولى الى خدمته بعد الطلاق سقطت نفقتها فان أعادها الى بيت الزوج تأخذ النفقة ولو لم يكن بوأها المولى فطلقت فأراد أن يبوئها مع الزوج فى العدة وتأخذ نفقتها لا تجب النفقة وأورد عليه ما لو كانت ناشزة يوم الطلاق ثم عادت الى المنزل فى العدة فانها تعود نفقتها وأجيب بان النفقة كانت واجبة الا انها منعت نفسها من حق واجب لها فلها أن تعود فتأخذه وهذا لا يدفع الوارد على لفظ الاصل المذكور ولو تطاولت العدة كانت لها النفقة ما لم تدخل فى سن الاياس فتعتد بثلاثة أشهر وعن هذا قلنا الوصالح المعتدة على نفقة العدة بشئ معلوم ان كانت العدة بالشهور جاز لانها معلومة وان كانت بالحيض لا يجوز لانها مجهولة لاحتمال أن تمتد الطهر بها واذا لم تطالب بالنفقة حتى انقضت العدة سقطت كالتى فى العصمة الا أن تكون مفروضة ولو أبرأته عن النفقة فى المستقبل وهى زوجة لم يصح ولو أبرأته عنها فى عقد الخلع صح لان الابراء فى الخلع ابراء بعوض وهو استيفاء والاستيفاء قبل الوجوب يجوز وأما الاول فالابراء اسقاط واسقاط الشئ قبل وجوبه لا يجوز ثم القول قول المطلقة فى انقضاء العدة مع يمينها اذا كانت من ذوات الحيض ولو كانت ادعت حبلا وأنفق عليها الى سنتين فان قالت بعدهما كنت اعتقدته حبلا فظهر انه ليس اياه وأنا حائل لم أحض وقال بل ادعيت الحبل كذبا وظهر كذبك فلا نفقة لك لا يلتفت القاضى الى قوله ويأمره بالانفاق حتى تحيض ثلاث حيض أو تدخل فى سن الاياس فتعتد بثلاثة أشهر ولو كانت صغيرة يجامع مثلها ينفق عليها الى ثلاثة أشهر وقال الفضلى لا تنقضى عدتها بذلك بل يوقف حالها لاحتمال حبلها فينفق عليها حتى تنقضى عدتها كذا ذكر هذا الفرع بعضهم وفى الخلاصة عدة الصغيرة ثلاثة أشهر الا اذا كانت مراهقة فينفق عليها ما لم يظهر فراغ رحمها هذا فى المحيط اهـ من غير ذكر خلاف وهو حسن وفيها رجل غاب فتزوجت امرأته بآخر ودخل بها الزوج الثانى فحضر الزوج الاول فرق بينها وبين الزوج الثانى ولا نفقة لها على الزوج الاول حتى تنقضى عدة الثانى فان طلقها وهى فى عدة الثانى لم تجب نفقة العدة على الزوج الاول ولا على الثانى ما دامت فى عدة الثانى فاذا انقضت عدة الثانى تجب ولو تزوجت المعتدة ودخل بها زوجها لا تجب نفقة العدة على الزوج كذا فى الاقضية وفى الفتاوى قال تجب على الزوج الاول هكذا ذكر فى المحيط وتأويله اذا تزوجت فى بيت العدة أما اذا خرجت فلا

﴿فصل﴾ (قوله ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها أحد) قيد بالصغر فخرج البالغ وليس هذا على الاطلاق بل الاب إما غنى او فقير والاولاد اما صغار او كبار فالاقسام أربعة الاول أن يكون

﴿فصل﴾ لما فرغ من بيان نفقة الزوجات شرع فى بيان نفقة الاولاد نفقة الاولاد الصغار على الاب خاصة لا يشاركه فيها غيره) فى ظاهر الرواية وقد روى عن أبى حنيفة ان النفقة على الاب والام أثلاثا بحسب ميراثهم لقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك ووجه الظاهر

الاب بسبب الولد وجب عليه رزق الولد بطريق الاولى وبيان ذلك أن وجوب نفقتهن عليه كان بسبب الولد لان الحكم ترتب على مشتق وترتبه على المشتق دليل على علية المشتق منه لذلك كما في "السارق والزاني وفيه نظر لما تقدم ان علة نفقتهن على الزوج هو الاحتباس ولا يجوز أن يكون غيره علة لئلا يتوارد علتان على معلول واحد والجواب ان العلة هو الولاد لكونه هو المؤثر في وجوب النفقة اذ هو السبب للجزئية الحاصلة بين الزوجين والولد وكما تجب النفقة على نفسه تجب على جزئه والاحتباس علة العلة والعقد الصحيح سبب يفضي اليه فيجوز اضافة الحكم اليه قبل تحقق الولاد فاذا تحقق يضاف الحكم اليه ويجوز أن يقال استدل بالآية على نفي مشاركة أحد في نفقة الزوجة بتقديم الظرف وقاس عليه نفي المشاركة في نفقة الولد لان كلا منهما لا يقبل الاشتراك فكذا النفقة الثابتة بهما واذا انتفى الاشتراك فاما أن يثبت على الاب أو على غيره لا سبيل الى الثاني فتعين الاول

(قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن والمولود له هو الاب

الاب غنيا والاولاد كبار فاما إناث اوذكور فالاناث عليه نفقتهن الى أن يتزوجن اذا لم يكن لهن مال وليس له أن يؤاجرهن في عمل ولا خدمة وان كان لهن قدرة واذا طلقت وانقضت عدتها عادت نفقتها على الاب والذكور اما عاجزون عن الكسب لزمانة أو عمى أو شلل اوذهاب عقل فعليه نفقتهم وكذا اذا كان من أبناء الكرام لا يجد من يستأجره فهو عاجز وكذا طلبة العلم اذا كانوا لا يهتدون الى الكسب نفقتهم على آبائهم قال الحلواني و رأيت في موضع هذا اذا كان بهم رشد وقوله لا يشاركه فيها أحد على الاطلاق في الصغار اما الكبار فعلى الظاهر كما سيأتي وان لم يكونوا عاجزين لا نفقة لهم الثاني ان يكون الاب غنيا وهم صغار فاما أن يكون لهم مال أو لا فان لم يكن فعليه نفقتهم الى أن يبلغ الذكر حد الكسب وان لم يبلغ الحلم فاذا كان هذا كان للاب أن يؤاجره و ينفق عليه من أجرته وليس له في الانثى ذلك فلو كان الاب مبذرا يدفع كسب الابن الى أمين كما في سائر أملاكه وان كان لهم مال فاما حاضر أو غائب فان كان حاضرا فنفقتهم في مالهم لا يجب على الاب شيء منها وان كان غائبا وجبت على الاب فان أراد أن يرجع في مالهم ينفق باذن القاضي في ذلك فلو أنفق بلا امره ليس له الرجوع في الحكم الا أن يكون أشهد أنه أنفق ليرجع ولو لم يكن اشهد لكن أنفق بنية الرجوع لم يكن له في الحكم رجوع وفيما بينه و بين الله تعالى يحل له أن يرجع الثالث أن يكون الاب فقيرا فان كانوا أغنياء وكبارا قادرين فلا اشكال ان نفقته هو عليهم وان كانوا صغارا أغنياء فكذلك أيضا الرابع ان يكونوا فقراء وهم صغار أو كبار عاجزون والاب أيضا عاجز عن الكسب فالخصاف قال يتكفف الناس و ينفق عليهم وقيل نفقتهم في بيت المال وان كان قادرا على الكسب اكتسب فان امتنع عن الكسب حبس بخلاف سائر الديون ولا يحبس والد وان علا في دين ولده وان سفل الا في النفقة لان الامتناع اتلاف النفس ولا يحل للاب ذلك وكذا لو عدا الاب على ابنه بسيف بحيث لا يندفع عنه الا بقتله حل له قتله واذا لم يف كسبه بحاجتهم أو لم يكتسب لعدم تيسر الكسب أنفق عليهم القريب ورجع على الاب اذا أيسر وفي جوامع الفقه اذا لم يكن للاب مال والجد أو الام أو الخال او العم موسر يجبر على نفقة الصغير و يرجع بها على الاب اذا أيسر وكذا يجبر الابعد اذا غاب الاقرب ثم يرجع عليه فان كان له أم موسرة فنفقته عليها وكذا اذا لم يكن له أب الا انها ترجع في الاول وما نقل ابن قدامة عن الائمة الاربعة من عدم الرجوع فيه نظر وان كان له جد وأم موسران فنفقته عليهما على قدر ميراثهما في ظاهر المذهب وروى الحسن عن أبي حنيفة أنها على الجد وحده لجعله كالاب و به قال الشافعي وفي نفقات الشهيد خلع امرأته وغاب عنها فطالبت عمهم فعلى العم ثلثا نفقتهم وعلى الام الثلث اذا كانا موسرين و يكون دينا على الاب يرجعان عليه اذا كان بأمر الحاكم قال القاضي هذا اذا كانت الغيبة منقطعة (قوله لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) وجه الاستدلال انه أوجب على الاب رزق الوالدات وعبر عنه بالمولود له للتنبيه على علة الايجاب عليه وهو الولاد له لما عرف من أن تعليق الحكم بمشتق يفيد كون مبدا الاشتقاق علة له فاذا وجب نفقة غيره بسببه فوجوب نفقة نفسه أولى وحين ثبتت نفقته بطريق أولى تبين ان نفقة الوالدة هي نفقة الولد لان الولد يحتاج اليها في الخدمة والتربية والرضاع حتى ان اللبن الذي هو مؤنته انما يستحيل لبنا من غذائها فايجاب نفقتها عليه ايجاب نفقته عليه اذ ليست النفقة سوى اخراج ما يحتاجه المحتاج اليه لكفايته وقد تقدم في الكتاب ما يشير الى أن نفقة الخادم من نفقة المرأة وان كانت نفقة تخص آخر بل يدخل فيها الكسوة والسكنى في الخلاصة قال هشام سألت محمدا عن النفقة

(قوله ويجوز أن يقال استدل بالآية الخ) أقول بأي من الحمل على ذلك قوله فيما سيأتي أما الولد فلا طلاق النص فقال

(قوله لا يقبل الاشتراك) أقول فيه تأمل

(وان كان الصغير رضيعا فليس على أمه ان ترضعه) لما بينا ان الكفاية على الاب وأجرة الرضاع كالنفقة ولانها عساها لا تقدر عليه لعذر بها فلا معنى للجبر عليه وقيل فى تأويل قوله تعالى ولا تضار والدة بولدها بالزامها الارضاع مع كراهتها وهذا الذى ذكرنا بيان الحكم وذلك اذا كان يوجد من ترضعه أما اذا كان لا يوجد من ترضعه تجبر الام على الارضاع صيانة للصبى عن الضياع قال (ويستأجر الاب من ترضعه عندها) أما استئجار الاب فلان الاجر عليه وقوله عندها معناه اذا أرادت ذلك لان الحجر لها (وان استأجرها وهى زوجته أو معتدته لترضع ولدها لم يجز) لان الارضاع مستحق عليها ديانة قال الله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن الا انها عذرت لاحتمال عجزها فاذا أقدمت عليه بالاجر ظهرت قدرتها فكان الفعل واجبا عليها فلا يجوز أخذ الاجر عليه وهذا فى المعتدة عن طلاق رجعى رواية واحدة لان النكاح قائم وكذا فى المبتوتة فى رواية وفى رواية أخرى جاز استئجارها لان النكاح قد زال وجه الاولى انه باق فى حق بعض الاحكام (ولو استأجرها وهى منكوحته أو معتدته لارضاع ابن له من غيرها جاز) لانه غير مستحق عليها (وان انقضت عدتها فاستأجرها) يعنى لارضاع ولدها (جاز) لان النكاح قد زال بالكلية وصارت كالاجنبية (فان قال الاب لا استأجرها وجاء بغيرها فرضيت الام بمثل أجر الاجنبية أو رضيت بغير أجر كانت هى أحق) لانها أشفق فكان نظرا للصبى فى الدفع اليها

فقال هى الطعام والكسوة والسكنى ولانه جزؤه فكان كنفسه (قوله وليس على الام ان ترضعه) يعنى فى الحكم اذا امتنعت وان كانت الزوجية قائمة وهو مقيد بالقيد الذى سنذكره (قوله وهذا الذى ذكرنا بيان الحكم) أى عدم الجبر بيان الحكم قضاء يعنى انها اذا امتنعت لا يجبرها القاضى عليه وهو واجب عليها ديانة وكذا غسل الثياب والطبخ والخبز وكنس البيت واجب عليها ديانة ولا يجبرها القاضى عليه اذا امتنعت لان المستحق عليها بالنكاح تسليم نفسها للاستمتاع (قوله وذلك) أى عدم الجبر إذا وجد من ترضعه فاذا لم يوجد أو وجد ولم يقبل هو ثدى غيرها أجبرت على ارضاعه صيانة له عن الضياع وذكر الحلوانى أن ظاهر الرواية لا تجبر لان الولد قد يتغذى بالدهن والشراب فلا يؤدى ترك اجبارها الى التلف والى الاول مال القدورى والسرخسى وهو الاصوب لان قصر الرضيع الذى لم يأنس الطعام على الدهن والشراب سبب تمريضه وموته (قوله معناه اذا أرادت ذلك لان الحجر لها) أى التربية لها بحق الحضانة وهذا بناء على ما تقدم وقد قدمنا من اختيار الفقيهين الهندوانى والسمرقندى انها تجبر على الحضانة وفى كلام الحاكم الشهيد ما يفيده مما قدمناه ثم لا يلزم المرضعة ان تمكث فى بيت الام الا ان يشترط ذلك بل لها ان ترضعه ثم ترجع الى منزلها فيما يستغنى عنها فيه من الزمان أو تحمل الصبى معها اليه أو تقول أخرجوه فترضعه عند فناء الدار ثم تدخل الصبى الى أمه (قوله وجه الاولى) لما كان التشبيه لا يستلزم عموم وجه الشبه لم يكتف بقوله قبل هذا وكذا فى المبتوتة فى رواية بعد قوله وهذا يعنى عدم الاستئجار فى المعتدة عن طلاق رجعى رواية واحدة لان النكاح قائم والا لو اعتبر عموم الشبه كان ذلك تشبيها فى الحكم والوجه وأيضا ربما يكون تأخير ذكر وجهه للايماء الى انه المختار عنده وكذا ظاهر اطلاق القدورى المعتدة فى قوله أو معتدته وان كان مقابله هو ظاهر الرواية كما صرح به بعضهم اذ من عادته تأخير وجه القول المختار والحاصل أن قيام العدة هو قيام نفس النكاح من وجه على ما حققناه فى فصل المحرمات من كتاب النكاح فارجع اليه ولهذا وجبت النفقة وامتنع شهادته لمعتدته عن ثلاث أو بائن وكذا لا يجوز استئجارها للارضاع (قوله وان انقضت عدتها فاستأجرها)

(وان كان الصغير رضيعا فليس على الام أن ترضعه لما بينا أن الكفاية على الاب وأجرة الرضاع كالنفقة) فكما أنه يجب عليه نفقته اذا فطم يجب عليه أن يستأجر من ترضعه اذا وجدت ولانها قد لا تقدر على الارضاع لعذر بها فلا معنى للجبر عليه وقيل قوله تعالى لا تضار والدة بولدها معناه بالزامها الارضاع مع كراهتها فان قيل فما معنى قوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين قلت ان كان معناه الاخبار عن فعلهن حين فعلن فلا يحتاج الى جواب وان كان معناه الامر وهو الظاهر كان محمولا على الندب أو الوجوب اذا لم يوجد من يرضعه أو لم يقبل الصغير على ثدى غيرها وهو الذى أشار اليه المصنف بقوله أما اذا كان لا يوجد من ترضعه تجبر على الارضاع صيانة الصبى عن الضياع أو هو محمول على الوجوب عليها تدينا حتى لا يجوز استئجارها على الارضاع اذا كانت فى عصمته أو عدته على ما ذكره فى الكتاب واستدل به فان قيل اذا كان بمعنى الامر وجب أن يتناول باطلاقه المنكوحة والمبانة قلت ان قوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن فى المطلقات وأوجب ايتاء أجورهن عند الارضاع فلو كان قوله يرضعن على اطلاقه لوجب الارضاع على المطلقات وفى ذلك ابطال عمل احدى الآيتين فوجب حمله على المنكوحة ومن فى معناها وهى المطلقة الرجعية رواية واحدة والمبتوتة فى رواية اذا كانت فى العدة عملا بالدليلين بقدر الامكان وكلامه واضح

(قوله وان كان معناه الامر وهو الظاهر كان محمولا على الندب الخ) أقول الامر للايجاب والتقييد لابد له من دليل والاصل هو الوجوب فى القضاء

وقوله (ونفقة الصغير واجبة على أبيه وان خالفه فى دينه) بأن أسلم الابن بنفسه والاب كافر أو على العكس لما ان اسلام الصبى العاقل وارتداده صحيح (كما تجب نفقة الزوجة وان خالفته فى دينه أما الولد فلاطلاق ما تلونا) يريد به قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن الآية (ولانه جزؤه فيكون فى معنى نفسه) وكفره لا يؤثر فى نفقة نفسه فكذا فى نفقة جزئه (وأما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانه) يعنى وجوب النفقة (بازاء الاحتباس الثابت به) أى بالعقد الصحيح والعقد الصحيح بين المسلم والكافرة والكتابية موجود والاحتباس مترتب عليه فيكون السبب موجودا فتجب النفقة فان قيل سلمنا ان السبب موجود لكن لم لا يجوز ان يكون الكفر مانعا كما فى استحقاق الارث فالجواب ان ما كان سببه العقد فالكفر لا ينافى وجوبه كالمهر وثمن المبيع وغيرهما والميراث ليس سببه العقد وانما مبناه على الولاية والكفر ينافيها وأقول لو استدل على نفقة الزوجة أيضا باطلاق قوله تعالى وعلى المولود له الآية كان اسهل تأتيا لانه يدل على نفقتهن بعبارته وعلى نفقة الولد بالدلالة كما تقدم ولم يحتج الى دفع ما يوهم كلامه من التردد فى سبب النفقة فانه جعله ههنا العقد الصحيح وجعله فى قوله وعلى المولود له الولاد وقبله الاحتباس الحاصل بالعقد ودفعه بما قدمناه وقوله (فى جميع ماذكرنا) أى من نفقة الولد مع موافقة الدين ومخالفته انما تجب على الاب اذا لم يكن للصغير مال وتنكير مال يشير الى عمومه بوقوعه فى سياق النفى سواء كان من جنس النفقة أو من غير جنسها أو دورا أو عقارا أو ثيابا قال فى الذخيرة اذا كان للصغير عقار أو ثياب واحتيج الى ذلك للنفقة كان للاب أن يبيع ذلك كله وينفق عليه لان الاصل فى نفقة الانسان أن يكون فى مال نفسه صغيرا كان أو كبيرا واعترض بان نفقة المرأة على زوجها وان كان لها مال فالاصل منقوض والجواب ان الاصل عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بأمور ضرورية وقد تحقق فى نفقة المرأة أمر ضرورى فيتغير وذلك لان نفقة المرأة فى مقابلة الاحتباس فما دام الاحتباس قائما كانت النفقة واجبة تحقيقا للمعادلة ونفقة الولد للحاجة ولا حاجة مع الغنى

(وان التمست زيادة لم يجبر الزوج عليها) دفعا للضرر عنه واليه الاشارة بقوله تعالى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده أى بالزامه لها أكثر من أجرة الاجنبية (ونفقة الصغير واجبة على أبيه وان خالفه فى دينه كما تجب نفقة الزوجة على الزوج وان خالفته فى دينه) أما الولد فلاطلاق ما تلونا ولانه جزؤه فيكون فى معنى نفسه وأما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانه بازاء الاحتباس الثابت به وقد صح العقد بين المسلم والكافرة وترتب عليه الاحتباس فوجبت النفقة وفى جميع ماذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصغير مال أما اذا كان فالاصل ان نفقة الانسان فى مال نفسه صغيرا كان أو كبيرا

اعلم أن حاصل كلامهم ان الارضاع واجب عليها مقيد بعدم الضرر بقوله تعالى لا تضار والدة بولدها والضرر يتحقق عند العجز عن ارضاعه اذا ألزمت والعجز مبطن فأقيم امتناعها عنه مقام حقيقته لان امتناعها عن الارضاع مع داعية حنو الوالدة ظاهر فى عجزها عنه فلذا لم تجبر عليه اذا امتنعت فاذا أقدمت عليه بالاجر وهى منكوحة أو معتدة عن رجعى أو مطلقا على ما هو الاوجه ظهر عدم عجزها فظهر الوجوب عليها ولا أجر يستحق فى مقابلة فعل الواجب ولا يخفى أن هذا المعنى بعينه ثابت فيما اذا استأجرها الارضاع ولدها منه بعد انقضاء العدة ومقتضاه أن لا يجوز بعد العدة أيضا كما قبلها وهذا لان الوالدات فى قوله تعالى والوالدات يرضعن أعم من البائنات فكان الايجاب عاما على المنكوحات والرجعيات والبوائن قبل العدة وفيها وبعدها والمانع من أخذ الاجرة والاستئجار هو الوجوب وهو عام فيعم المنع الكل اذا ظهرت قدرتهن وذلك بالاقدام على الارضاع بأجر وغاية ما يقال ان الارضاع من نفقته وهى على الاب لا الام ويدفع بأن هذه النفقة أوجبها الذى له ولاية الايجاب على الام بعد ان أوجب رزقه لها بادرار الثدى فلم يبق منها سوى الفعل الاختيارى فأوجب عليها القامه ثديها وثبوت هذا الايجاب بالنص المذكور أعنى يرضعن أولادهن والحق انه أوجب عليها مقيدا بايجاب رزقها عليه بقوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن ففى حال الزوجية والعدة هو قائم برزقها وفيما بعد العدة لا يقوم بشئ فتقوم الاجرة مقامه (قوله وفى جميع ماذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصبى مال) وأطلقه فعم جميع أصناف المال من العروض والحيوان والعقار حتى اذا كان له ذلك فقط فللاب أن يبيعه وينفقه عليه وكذا يعطى منه أجر رضاعه وهذا لان ايجاب نفقة أحد الموسرين على الآخر اذا لم يكن لاحتباس ذلك له ليس بأولى من ايجاب نفقة ذلك عليه بخلاف نفقة الزوجة فانها محتبسة لغرض الآخر فنفقتها عليه وان كانت غنية أما الولد فنفقته للحاجة وبغناه اندفعت حاجته فلا تجب على غيره كنفقة المحارم والله أعلم

﴿فصل﴾

﴿فصل﴾ لما فرغ من بيان نفقة الولد شرع في بيان نفقة الوالد (ويجب على الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينه أما الابوان فلقوله تعالى (وان جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا) قيل نزلت في سعد بن أبي وقاص حين أسلم وقالت له أمه جميلة يا سعد بلغني انك صبوت فوالله لا يظلني سقف بيت من الضح والريح ولا آكل ولا أشرب حتى تكفر بمحمد وترجع الى ما كنت عليه وكان أحب ولدها اليها فأبى سعد وصبرت هي ثلاثة أيام ولم تأكل ولم تشرب ولم تستظل ثلاثة أيام حتى غشي عليها فأتى سعد النبي صلى الله عليه وسلم وشكا اليه ذلك فنزلت هذه الآية (وليس من المعروف أن يعيش الولد في نعم الله ويتركهما كان سببا له في تلك المعيشة يموت من الجوع) وقد قيل فسر النبي صلى الله عليه وسلم (٣٤٧) حسن المصاحبة بأن يطعمهما اذا جاعا ويكسوهما اذا عريا وكلامه واضح وقوله (لما تلونا) أراد به قوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ولم يذكر المصنف ههنا ان الاب اذا كان قادرا على الكسب هل يجبر الولد على الانفاق عليه أولا قال شمس الائمة السرخسي اذا كان الاب كسوبا والابن أيضا كسوبا يجبر الابن على الكسب والنفقة على الاب وقال شمس الائمة الحلواني لا يجبر على ذلك فاعتبره بذي الرحم المحرم بناء على أن استحقاق النفقة للفقر والحاجة وهي تندفع عند القدرة على الكسب وشمس الائمة السرخسي يحتاج الى الفرق بين نفقة الولد والوالد فان الولد البالغ اذا كان قادرا على الكسب لا تجب على الاب نفقته وفرق بينهما بفضيلة الوالد على الولد حيث اعتبرت حاجته ضرورية كانت كالنفقة والكسوة أو غيرها كشهوة الفرج فان للوالد استحقاق استيلاد جارية الولد وليس للولد استحقاق استيلاد جارية الوالد فلو شرط ههنا عجز الوالد عن الكسب لاستحقاق نفقته على ولده كما شرط في حق الابن لوقعت المساواة مع قيام دليل المفاضلة:

﴿فصل﴾ (وعلى الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينه) أما الابوان فلقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت الآية في الابوين الكافرين وليس من المعروف أن يعيش في نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعا وأما الاجداد والجدات فلانهم من الآباء والامهات ولهذا يقوم الجد مقام الاب عند عدمه ولانهم سببوا الاحيائه فاستوجبوا عليه الاحياء بمنزلة الابوين وشرط الفقر لانه لو كان ذا مال فايجاب نفقته في ماله أولى من ايجابها في مال غيره ولا يمنع ذلك باختلاف الدين لما تلونا

﴿فصل﴾ (قوله وعلى الرجل) أي الموسر (قوله وأجداده) يدخل فيه الجد لاب والجد لام وان علوا وفي جداته جداته لابيه وجداته لامه وان علون وقوله اذا كانوا فقراء يوافق باطلاقه قول السرخسي حيث قال اذا كان الاب قادرا على الكسب يجبر الابن على نفقته بخلاف قول الحلواني انه لا يجبر اذا كان الاب كسوبا لانه كان غنيا باعتبار الكسب فلا ضرورة في ايجاب النفقة على الغير واذا كان الابن قادرا على الكسب لا تجب نفقته على الاب فلو كان كل منهما كسوبا يجب أن يكتسب الابن وينفق على الاب فالمعتبر في ايجاب نفقة الوالدين مجرد الفقر قيل هو ظاهر الرواية لان معنى الاذى في ايكاله الى الكد والتعب أكثر منه في التأفيف المحرم بقوله تعالى ولا تقل لهما أف ولا خلاف في استحقاق الزوجة الغنية لانه في مقابلة احتباسه اياها الاستيفاء حق مقصود له فكان كاستحقاق القاضي الغني (قوله نزلت في الابوين الكافرين) بدليل ما قبله وهو قوله تعالى وان جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا واتبع سبيل من أناب الي ففرض سبحانه مصاحبتهما بالمعروف وليس من المعروف أن يتركهما مع الجوع والعري ويتقلب هو في النعم الا أن حملها على غير الحربيين فأما الآباء الحربيون وان كانوا مستأمنين في دارنا لا يجبر الابن على النفقة عليهم لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم الى قوله انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية بينها وبين آية الابوين عموم وخصوص من وجه فيتصادقان في الابوين الحربيين وتنفرد آية المصاحبة في غير الحربيين وآية النهي في غير الابوين فتعارضا في الابوين الحربيين فقدمت آية النهي لتقديم المحرم على المبيح ولقائل أن يقول النهي انما يتعلق بالذين تحقق منهم قتال في الدين واخراج المسلمين من ديارهم وهم أهل مكة فلا يتناول الابوين الحربيين اللذين لم يتحقق منهما قتال ولا مظاهرة على اخراج ولا يصح القياس على أهل مكة بمجرد جامع كونهم حربا لان الحكم علق بمجموع من تحقق القتال والاخراج منه وأيضا صرح النص بعدم النهي عنه بقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ومعلوم ان الذين لم يقاتلوا أيضا حربيون (قوله وأما الاجداد والجدات فلانهم من الآباء والامهات) ظاهره أنهم يدخلون في اللفظ أعني

﴿فصل﴾ (وعلى الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده الخ) أقول لم يذكر المصنف ههنا ان الاب اذا كان قادرا على الكسب هل يجبر الولد على الانفاق عليه أولا قال شمس الائمة السرخسي اذا كان الاب كسوبا والابن أيضا كسوبا يجبر الابن على الكسب والنفقة على الاب وقال شمس الائمة الحلواني لا يجبر على ذلك واعتبره بذي الرحم المحرم ووجه الفرق مذكور في العناية وغيرها واختار المصنف ما ذكره السرخسي كما سيجيء بعد سطور قال المصنف (وأما الاجداد والجدات فلانهم من الآباء والامهات) أقول فيتناولهما النص وفيه نظر فانهم في مسئلة الامان فيما اذا قالوا آمنونا على آبائنا صرحوا بعدم دخول الاجداد لعدم انتظام اللفظ (قوله لوقعت المساواة الخ) أقول فيه تأمل

وقوله (ولاتجب النفقة مع اختلاف الدين) ظاهر وقوله (لانا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا قال الله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية واستشكل بقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا فانه باطلاقه يوجب النفقة للوالدين وان كانا حربيين وأجيب بأن العمل باطلاقه يفضي الى التعارض المفضي الى الترك الممتنع فحمل ذلك على أهل الذمة وهذا على أهل الحرب وقوله (ولاتجب على النصراني نفقة أخيه المسلم) من فروع قوله ولاتجب النفقة مع اختلاف الدين متضمنا للفرق بين عدم وجوب النفقة ووقوع العتق عند التملك وكلامه في الفرق بينهما بأن النفقة متعلقة بالارث يعني في غير قرابة الولاد بالنص وهو قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك والعتق متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث يعني قوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وبالمعقول واتضح خلا قوله دوام ملك اليمين أعلى في القطيعة من حرمان النفقة فان حرمان النفقة قد يفضي الى الهلاك ودوام ملك اليمين ليس كذلك فكيف يكون أعلى ولان الانفاق صلة إحياء حقيقة وصلة العتق صلة إحياء حكما ولا شك في ان الاحياء الحقيقي أعلى والجواب ان الحاجة الى النفقة مقدورة الدفع من غيره بأن يسأل الناس أو يبره أحد من غير سؤال فان الهلاك جوعا في العمران مع توفر أسباب الزكوات والصدقات والمعروف نادر وأما الحاجة الى الاعتاق فانها لا تندفع الا من جانبه وأما كون الاحياء الحقيقي أعلى من الحكمي فبعد تسليمه مردود بعدم تعين تحققه من جانبه لما قلنا قال (ولا يشارك الولد في بلا نفقة أبويه أحد) لا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد من الاخوة والاخوات والاعمام وغيرهم في ظاهر الرواية

(ولاتجب النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وولد الولد) أما الزوجة فلما ذكرنا انها واجبة لها بالعقد لاحتباسها لحق له مقصود وهذا لا يتعلق باتحاد الملة وأما غيرها فلان الجزئية ثابتة وجزء المرء في معنى نفسه فكما لا يمتنع نفقة نفسه لكفره لا يمتنع نفقة جزئه الا انهم اذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم وان كانوا مستأمنين لانا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا في الدين (ولاتجب على النصراني نفقة أخيه المسلم) وكذا لاتجب على المسلم نفقة أخيه النصراني لان النفقة متعلقة بالارث بالنص بخلاف العتق عند الملك لانه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث ولان القرابة موجبة للصلة ومع الاتفاق في الدين آكد ودوام ملك اليمين أعلى في القطيعة من حرمان النفقة فاعتبرنا في الاعلى أصل العلة وفي الادنى العلة المؤكدة فلهذا افترقا (ولا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد)

لفظ الابوين الذي هو مرجع الضمير في قوله وصاحبهما في الدنيا معروفا وفيه نظر فانهم في مسئلة الامان فيما اذا قالوا آمنونا على آبائنا صرحوا بعدم دخول الاجداد لعدم انتظام اللفظ فان أراد الحاقهم بالقياس فلا حاجة بل لا ينبغي أن يعلل بأنهم من الآباء بل يعلل استحقاق الابوين النفقة بتسببهم في وجوده ويلحق بهم الاجداد ويعتبره في عموم المجاز ومن العجب عدم اعتبارهم اياه في عموم المجاز في الامان ليدخل الاجداد مع ان الامان يحتاط في اثباته وقوله ولهذا يقوم الجد الخ قيامه مقامه في الوراثة وولاية الانكاح والتصرف في مال ولد الولد هذا ولو قال انهم من الوالدين والوالدات كان أقرب لان مرجع ضمير صاحبهما الوالدان لا الابوان (قوله أما الزوجة الخ) عرف من قوله واجبة بالعقد لاحتباسها انه حيث أضاف ايجاب النفقة الى العقد فهو اضافة الى العلة البعيدة وأن المؤثر بالذات هو الاحتباس الخاص على ما قدمنا (قوله فكما لا يمتنع الخ) الاحسن أن يقال فكما يجبر على انفاقه على نفسه مع كفره وذمته يجبر على نفقة جزئه لان عدم الامتناع لا يستلزم الوجوب وهو المطلوب بل أخص منه وهو الجبر عليه وكونه يجبره الحاكم على انفاقه على نفسه محل نظر أما فتواه بوجوب ذلك فلا شك فيه وكذا أمره بالمعروف من ذلك (قوله ولاتجب على النصراني نفقة أخيه المسلم) اظهار لبعض صور ذلك الكلي وهو قوله ولاتجب النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وقوله لان النفقة أي نفقة غير الولاد متعلقة بالارث يعني بالقرابة والمحرمية مقيدا بالارث بالنص وهو قوله تعالى بعد أن قال سبحانه وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وعلى الوارث مثل ذلك فعلقه به ولا ارث بين المسلم والكافر بخلاف العتق فانه تعلق بالمحرمية بسبب القرابة لا بقيد كونه وارثا بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وسيأتي الكلام عليه (قوله فاعتبرنا في الاعلى) وهو دوام ملك اليمين (أصل العلة) وهو القرابة المحرمة (وفي الادنى) وهو النفقة (العلة المؤكدة) بالتوارث وهذا في الحقيقة ابداء لحكمة الشرع يعني انما شرع سبحانه ايجاب النفقة على القريب مقيدا بالارث وشرع عتق القريب اذا ملك قريبه المحرم بلا ذلك القيد لهذا الفرق وهو ان عدم النفقة قطيعة واستمرار ملكه رقبة القريب فوقه في القطيعة فأوجب رفعها

(قوله فحمل ذلك على أهل الذمة الخ) أقول فيه ان أم سعد لم تكن ذمية ثم سيجيء في كتاب السير ما يخالفه ظاهرا (قوله وبالمعقول) أقول فيه ان ذلك ليس دليلا آخر بل لاظهار حكم تعليق الشارع ايجاب النفقة بالقرابة المحرمية مقيدا بالارث وعتق القريب بها بلا قيد

(لان لهما تأويلا فى مال الولد بالنص) وهو قوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك فكانا غنيين بماله والغنى لاتجب نفقته على غيره فان قيل التأويل ثبت بخبر الواحد فلا يعارض اطلاق قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك قلت الحديث مشهور فتجوز به الزيادة سلمنا انه من الآحاد لكن ترك اطلاق قوله وعلى الوارث مثل ذلك بما ذكرنا من الدلائل الدالة على تقييدها بغير قرابة الولاد المستندة الى قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن الآية كما تقدم فان قلت لامنافاة بين الآيتين لان قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن يقتضى ان يشارك الجد الابن كما ان قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك يقتضيه قلت لما ثبت للوالد التأويل فى مال الولد بالاجماع صار غنيا به والغنى لاتجب نفقته على والده فلا يشارك الجد الابن وقوله (ولانه أقرب الناس اليهما) أى الولد أقرب الناس الى الوالدين والاقرب اليهما أولى لاستحقاق نفقتهما عليه لانها صلة وجبت بالقرابة فمن كان أقرب فهو أولى بالاستحقاق له وعليه وهى على الذكور والاناث بالسوية فى ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبى حنيفة ان النفقة بين الذكر والانثى أثلاثا للذكر مثل حظ الانثيين على قياس الميراث وعلى قياس نفقة ذوى الارحام ووجه الظاهر ماذكره فى الكتاب لان المعنى يشملهما وبيانه ان استحقاق الابوين انما هو باعتبار التأويل وحق الملك لهما فى مال الولد بقوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك وهذا المعنى يشمل الذكور والاناث فيكونان سواء ولهذا يثبت لهما هذا الاستحقاق مع اختلاف الملة وان انعدم التوارث فقوله (وهو الصحيح) احتراز عن رواية الحسن

لان لهما تأويلا فى مال الولد بالنص ولا تأويل لهما فى مال غيره ولانه أقرب الناس اليهما فكان أولى باستحقاق نفقتهما عليه وهى على الذكور والاناث بالسوية فى ظاهر الرواية وهو الصحيح لان المعنى يشملهما

بلا مؤكد بخلاف مالم يبلغ مبلغه فى القطيعة فانه لم يرفعه حينئذ الا بمؤكد وما قيل الضابط عندنا الرحم والمحرمية والارث ليس بشرط حتى وجبت النفقة على الخال والخالة والعمة ولهم دون ابن العم والحق فى الجواب ان ليس المراد من قوله تعالى وعلى الوارث سوى من يثبت له ميراث والخال كذلك لامن يثبت له ميراث بقيد كونه فى صورة وجوب النفقة عليه لايقال هذا حينئذ استدلال بمفهوم الصفة على اخراج الكافر الذمى لانا نقول بل هو اثبات الحكم فى محل النطق وهو الوارث ونفيه عن غيره لعدم دليل الوجوب عليه فيبقى على العدم الاصلى لا أن نفيه مضاف الى اللفظ (قوله لان لهما تأويلا فى مال الولد) يفيد أنه ملكهما (بالنص) وهو قوله عليه السلام أنت ومالك لابيك رواه عن النبى صلى الله عليه وسلم جماعة من الصحابة وسيأتى فى باب الوطء الذى يوجب الحد وأخرج اصحاب السنن الاربعة عن عائشة رضى الله عنها قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أطيب ما أكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه حسنه الترمذى فان قيل هذا يقتضى أن له ملكا ناجزا فى ماله قلنا نعم لولم يقيده حديث رواه الحاكم وصححه والبيهقى عنها مرفوعا ان أولادكم هبة لكم يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور وأموالهم لكم اذا احتجتم اليها ومما يقطع بانه مؤول أنه تعالى ورث الاب من ابنه السدس مع ولده ولد ولده فلو كان الكل ملكه لم يكن لغيره شئ مع وجوده (قوله هو الصحيح) احتراز عن رواية الحسن عن أبى حنيفة ان النفقة بين الذكور والاناث أثلاثا على الذكر مثل حظ الانثيين كما فى الميراث قياسا على نفقة ذوى الارحام وبه قال الشافعى وأحمد والحق الاستواء فيها لتعلق الوجوب بالولاد وهو يشملهما بالسوية بخلاف غير الولاد لان الوجوب علق فيه بالارث ولهذا ثبت فى الولاد مع اختلاف الدين ولا توارث فان كان الولد معسرا وهما موسران فلا نفقة لاحد على أحد ويجب التفصيل بين أن يكون الابن قادرا على الكسب مع اعتباره اولا فيجرى فيه الخلاف السابق بين شمس الائمة السرخسى والحلوانى وعن أبى يوسف قال اذا كان الاب زمنا وكسب الابن لايفضل عن نفقته فعليه أن يضم الاب اليه كى لايضيع ولا يخشى بذلك الهلاك على الولد لان الانسان لايهلك على نصف بطنه وقال الشاعر

* كلوا فى بعض بطنكم تعفوا * وفى الفتاوى يجبر الابن على نفقة زوجة أبيه ولا يجبر الاب على نفقة زوجة ابنه وفى نفقات الحلوانى قال فيه روايتان فى رواية كما قلنا وفى رواية انما تجب نفقة زوجة الاب اذا كان الاب مريضا أو به زمانة يحتاج الى الخدمة اما اذا كان صحيحا فلا قال فى المحيط فعلى هذا لافرق بين الاب والابن فان الابن اذا كان بهذه المثابة يجبر الاب على نفقة خادمه ثم الاصل فى نفقة الوالدين والمولودين أنه يعتبر القرب بعد الجزئية دون الميراث ولذا لو كان له أخ شقيق وبنت بنت وان سفلت أو ابن بنت كانت نفقته على بنت البنت وان كان ميراثه لاخيه ولو كان له بنت ومولى عتاقة فالنفقة عليها مع اشتراكهما فى الميراث واذا كان للفقير ولد وابن ابن موسران فالنفقة على الولد لانه أقرب واذا كانت له بنت وابن ابن فعلى البنت خاصة وان كان الميراث بينهما لقرب البنت فاذا استويا فالنفقة عليهما الا أن يترجح أحدهما بمرجح وهما وارثان واذا كان له ولد ابن وولد بنت

(قوله قلت الى قوله والغنى لاتجب نفقته على والده فلا يشارك الجد الابن) أقول فكان المآل الى التقييد بالحديث فان الاجماع لايصلح مقيدا

(والنفقة لكل ذي رحم محرم اذا كان صغيرا فقيرا أو كانت امرأة بالغة فقيرة أو كان ذكرا بالغا فقيرا زمنا أو أعمى) لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل أن يكون ذا رحم محرم وقد قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وفي قراءة عبد الله بن مسعود وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك ثم لا بد من الحاجة والصغر والانوثة والزمانة والعمى امارة الحاجة لتحقق العجز فان القادر على الكسب غني بكسبه بخلاف الابوين لانه يلحقهما تعب الكسب والولد مأمور بدفع الضرر عنهما فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب

فهما سواء في النفقة وان كان الارث لولد الابن وكذا اذا كان له ابنان مسلم ونصراني فالنفقة عليهما والميراث للمسلم فقط ولو كان له والد وولد فهي على الولد لاستوائهما في القرب ويترجح الولد باعتبار التأويل ولو كان له جد وابن ابن فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما لاستوائهما في القرب وعدم الترجيح الكل من المحيط واذا اختلفا فقال الابن هو غني وليس علي نفقته وقال الاب أنا معسر ذكر في المنتقى ان القول للاب والبينة بينة الابن (قوله والنفقة لكل ذي رحم محرم) أي واجبة بجبر عليها فهو من حذف الخبر قرينة لا من الاخبار بالجار والمجرور نائبين عن الخبر لوجوب تعلقهما بالكون المطلق وليس هو كذلك هنا وقال أحمد على كل وارث محرما كان أولا وهو قول ابن أبي ليلى وقال الشافعي لا تجب لغير الوالدين والمولودين كالاخوة والاعمام ووجهه انه يجعل الاشارة في قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك لنفي المضارة لا لايجاب النفقة فلا يبقى دليلا على ايجاب النفقة فيبقى على العدم لعدم دليلها الشرعي قلنا نفيها لا يختص بالوارث ثم هو مخالف للظاهر من الاشارة المقرونة بالكاف فانها بحسب الوضع للبعيد دون القريب وجه قول أحمد أنه تعالى علقها بالوارث فقيد المحرمية زيادة قلنا في قراءة ابن مسعود وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك فيكون بيانا للقراءة المتواترة فان قيل القراءة الشاذة بمنزلة خبر الواحد ولا يجوز تقييد مطلق القاطع به فلا يجوز تقييده بهذه القراءة أجيب بادعاء شهرتها واستدل على الاطلاق بما في النسائي من حديث طارق قال قدمت المدينة فاذا رسول الله صلى الله عليه وسلم قائم على المنبر يخطب الناس وهو يقول يد المعطى العليا وابدأ بمن تعول امك وأباك وأختك وأخاك ثم ادناك ادناك وما رواه أحمد وأبو داود والترمذي عن معاوية بن حيدة القشيري قلت يارسول الله من أبر قال أمك قال ثم من قال أمك قال ثم من قال أباك ثم الاقرب فالاقرب قال الترمذي حسن وفي صحيح مسلم فان فضل عن أهلك شئ فلذوي قرابتك فهذه تفيد وجوب النفقة بلا تقييد بالارث ولا يخفى ان الثاني لا يفيد وجوب النفقة أصلا لانه جواب قول السائل من أبر وهو لا يستلزم كونه سؤالا عن البر المفروض لجواز كونه سؤالا عن الافضل منه فيكون الجواب عنه بخلاف الاول وليس هذا معارضا للنص لان الايجاب على الوارث بالنص لا ينفي أن يجب على غيره فيثبت على غيره بالحديث عند من لا يقول بمفهوم الصفة على أن لقائل أن يلزمهم ان الوارث اريد به القريب عند من عبر به عنه خصوصا على رأيكم وهو أن كل قريب وارث اتورث شكم ذوي الارحام مع قولكم ان المراد به أهلية الارث في الجملة حتى قالوا اذا كان له خال وابن عم ان نفقته على خاله وميراثه لابن عمه اللهم الا أن يثبت قولنا نقطع بأن ايجاب النفقة لوجوب الوصل والقرابة التي يفترض وصلها بالنصوص هي على المحرمية بخلاف غيرها لا يفترض وصلها الان التحريم انما يثبت للوصل وهو الظاهر لما قرر انه سبب التحريم في المحرمات من القرائب لان الافتراش اما عدم وصل أو يؤدي اليه (قوله فان القادر على الكسب غني بكسبه) وقدرته على الكسب تتحقق بصحة البدن بعد كونه بالغا ولهذا أخذ في البالغ الذي تجب نفقته من غير الولاد الزمانة حيث قال والابن الزمن البالغ ويصرح بما قلنا ما في الكافي للحاكم حيث قال في باب نفقة ذوي الارحام ولا يجبر الموسر على نفقة أحد من قرابته اذا كان رجلا صحيحا وان كان لا يقدر على

نكاحه على التأبيد واجبة اذا كان صغيرا فقيرا أو كانت امرأة بالغة فقيرة أو كان ذكرا فقيرا زمنا أو أعمى لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل بينهما كونه ذا رحم محرم بدليل قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك فان ذلك للاشارة الى البعيد فيكون اشارة الى أول الآية وهو قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن فيدل على ان على الوارث النفقة وتقييده بذي الرحم المحرم بقراءة ابن مسعود وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك ولا شك ان قراءته كانت مسموعة من النبي صلى الله عليه وسلم ثم لا بد من الحاجة لاستحقاقها لذلك والصفات المذكورة وهي الصغر والانوثة والزمانة والعمى امارة الحاجة لتحقق العجز فان القادر على الكسب غني فان قيل ما بال الابوين لم يعدا غنيين بقدرتهما على الكسب أجاب بقوله بخلاف الابوين الخ وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وهو ظاهر الرواية وقد قدمناه

(قوله فان ذلك للاشارة الى البعيد) أقول لا الى القريب الذي هو التحرز عن المضارة على ما فسر به أيضا

وقوله (يجب ذلك) يعنى النفقة (على قدر الميراث ويجبر عليه) أى على الانفاق أما التقدير فلان الله تعالى نص على الوارث بقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك تنبيها على اعتبار المقدار لانه رتب الحكم على المشتق فيكون المشتق منه هو العلة فيثبت الحكم بقدر علته وعلى هذا لو أوصى لورثة فلان وله بنون و بنات كانت الوصية لهم على قدر الميراث وعلى هذا اذا كان الرجل زمنا معسرا وله ابن معسر صغير أو كبير زمن وللرجل ثلاثة اخوة متفرقون موسرون فنفقة الرجل على أخيه لاب وأم وعلى أخيه لام أسداسا بحسب ميراثهما فأما نفقة الولد فعلى الاخ لاب وأم خاصة لان ميراث الولد له عند عدم الاب خاصة فانه عم لاب وأم ولا يرث معه العم لاب ولا العم لام والحاصل ان من يكون محتاجا يجعل معدوما وتكون النفقة بعده على من يكون وارثا بحسب الميراث فان كان الولد ابنة كان نفقة الاب والابنة على الاخ من الاب والام خاصة أما نفقة الابنة فلما بينا وأما نفقة الاب فلان الوارث ههنا الاخ لاب وأم خاصة لان الاخ لاب وأم يرث مع الابنة والاخ لام لا يرث معها فلا حاجة أن يجعل البنت كالمعدومة ولكن تعتبر صفة الوراثة مع بقائها بخلاف الابن فانه لا يرث معه أحد من الاخوة فلا بد من ان يجعل كالمعدوم فاذا جعل كذلك فميراث الاب يكون بين الاخ لاب وأم والاخ لام أسداسا فالنفقة عليهما بحسب ذلك وهذا كله اذا كان الميراث فيما بينهم ولم يتجاوز الى غيرهم وأما اذا تجاوز عنهم الى غيرهم كما اذا كان للصغير الفقير خال موسر وابن عم موسر فالنفقة على ذى الرحم المحرم الذى لم يرث لا على غير ذى الرحم المحرم الذى هو وارث فيكون فيما نحن فيه على الخال دون ابن العم الذى يحرز الميراث لان النفقة على ذى الرحم المحرم وابن العم ليس كذلك والخال كذلك فيجب عليه على ما سنذكره فى الكتاب فان قيل هذه النفقة مبنية على الميراث بالنص فكان الواجب أن تجب النفقة على ابن العم لكونه وارثا ولا تجب على الخال لكونه غير وارث أجيب بان نفقة ذى الرحم المحرم واجبة تحقيقا للصلة وتحقيق صلة قرابة ابن العم ليس بواجب بدليل جواز المناكحة فى حقه بخلاف الخال فان صلته واجبة والنفقة منها فتجب عليه قال (وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن) كلامه ظاهر وقوله (ووجه الفرق) يعنى بين نفقة الولد الصغير حيث وجبت بجملتها على الاب خاصة و بين نفقة الولد الكبير الزمن حيث وجب ثلثاها على الاب والثلث على الام كما فى الارث انه اجتمعت للاب فى الصغير ولاية ومؤنة حتى وجب عليه صدقة فطره وكان بمنزلة نفسه وغيره لا يشاركه فى النفقة على نفسه فكذا فى النفقة على الصغير وأما الكبير فليس للاب عليه ولاية لبلوغه فكان كسائر المحارم نفقته معتبرة بميراثه وميراثه يكون بينهما أثلاثا فكذلك نفقته وقوله أخماسا على قدر الميراث يعنى ثلاثة الاخماس من الميراث تكون للاخت لاب وأم والخمس للاخت لاب والخمس للاخت لام بالفرض والرد فكذلك النفقة على هذا التفصيل

قال (ويجب ذلك على مقدار الميراث ويجبر عليه) لان التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار ولان الغرم بالغنم والجبر لايفاء حق مستحق قال (وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن على أبويه أثلاثا على الاب الثلثان وعلى الام الثلث) لان الميراث لهما على هذا المقدار قال العبد الضعيف هذا الذى ذكره رواية الخصاف والحسن وفى ظاهر الرواية كل النفقة على الاب لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن وصار كالولد الصغير ووجه الفرق على الرواية الاولى انه اجتمعت للاب فى الصغير ولاية ومؤنة حتى وجبت عليه صدقة فطره فاختص بنفقته ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فيه فتشاركه الام وفى غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى تكون نفقة الصغير على الام والجد أثلاثا ونفقة الاخ المعسر على الاخوات المتفرقات الموسرات أخماسا على قدر الميراث

الكسب الا فى الوالد خاصة أو فى الجد أبى الاب اذا مات الوالد فانى أجبر الولد على نفقته وان كان صحيحا انتهى وهذا جواب الرواية وهو يشد قول شمس الائمة السرخسى بخلاف الحلوانى على ما قدمناه (قوله لان التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار) بطريق انه يفيد علية مأخذ الاشتقاق وهو الارث فيثبت الحكم فى محل وجود العلة على قدر وجودها مثاله اذا كان له أخ شقيق أو لاب وأخت شقيقة أو لاب فالنفقة عليهما أثلاثا على الاخ الثلثان وعلى الاخت الثلث لان ميراثهما منه كذلك ولو كانا لام وجبت عليهما نصفين كارثهما ولو كان معهما أخ لابوين أو لاب أو عصبة أخرى فالثلثان على العاصب ولو كان أخ لاب وأخ لام فالسدس على الاخ لام وخمسة الاسداس على الاخ لاب وعلى هذا فقس (قوله ووجه الفرق) أى بين نفقة الولد الصغير والكبير الزمن (قوله فاختص بنفقته) لانه باعتبار الولاية الكاملة صار كنفسه بخلاف البالغ فانه ليس للاب ولاية عليه ليكون فى معنى نفسه فاعتبر كسائر المحارم (قوله على الاخوات المتفرقات) بان تكون أخت شقيقة وأخرى لاب وأخرى لام اخماسا ثلاثة اخماسها على الشقيقة وخمس على التى لاب وخمس على التى لام لان ميراثهن منه كذلك

(قوله أجيب بان نفقة ذى الرحم) الخ أقول فى الجواب قصور فان وجوب النفقة معلق بالقرابة المحرمة المورثة وليس ذلك بموجود فى الخال مع وجود ابن العم فالاظهر أن يقال ليس المراد الارث بالفعل فان ذلك بعد موت المنفق

وقوله (غيران المعتبر) استثناء من قوله وفى غير الوالد تعتبر على قدر الميراث والمراد باهلية الارث هو ان لا يكون محروما وفى كلامه لف ونشر حيث قال ان المعتبر أهلية الارث لا احرازه ثم نشر بقوله فان المعسر اذا كان له خال يعنى وهو موسر وابن عم كذلك فالنفقة على الخال وابن العم يحرز الميراث لما قدمنا ان الخال ذو رحم محرم دون ابن العم وهذا راجع الى قوله لا احرازه وقوله (ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين) راجع الى قوله المعتبر أهلية الارث وقوله (ولا بد من اعتباره) أى اعتبار الارث بأن يكون أهلا لا محرزا ولهذا قلنا لا يجب على النصرانى نفقة أخيه المسلم ولا عكسه وقوله (ولا تجب على الفقير) ظاهر وقوله (عما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهرا) قيل هذا اذا كانت نفقته من مستغلاته (أو عما يفضل على ذلك من كسبه الدائم) اذا كان معتملا ينفق من كسب يده وقوله (والفتوى على الاول) يعنى ان اليسار مقدر بالنصاب لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة وهو مائتا درهم إذا كان فاضلا عن حوائجه الاصلية وهو الصحيح لان النفقة أشبه بصدقة الفطر لكونها مؤنة من وجه صدقة من وجه والنفقة مؤنة من كل وجه فلما لم يشترط لوجوب صدقة الفطر الغنى الموجب للزكاة فلان لا يشترط ههنا وهى مؤنة من كل وجه أولى ونقل فى خلاصة الفتاوى عن الاجناس قال فى نوادر أبى يوسف يشترط نصاب الزكاة ثم قال فى الخلاصة هكذا قال الصدر الشهيد فى الفتاوى الصغرى ان انتقص منه درهم لا يجب

غير ان المعتبر أهلية الارث فى الجملة لا احرازه فان المعسر اذا كان له خال وابن عم تكون نفقته على خاله وميراثه يحرزه ابن عمه (ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين لبطلان أهلية الارث ولا بد من اعتباره ولا تجب على الفقير) لانها تجب صلة وهو يستحقها على غيره فكيف تستحق عليه بخلاف نفقة الزوجة وولده الصغير لانه التزمها بالاقدام على العقد اذ المصالح لا تنتظم دونها ولا يعمل فى مثلها الاعسار ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روى عن أبى يوسف وعن محمد انه قدره بما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهرا أو بما يفضل على ذلك من كسبه الدائم كل يوم لان المعتبر فى حقوق العباد انما هو القدرة دون النصاب فانه للتيسير والفتوى على الاول لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة

بواسطة الرد عليهن (قوله غير أن المعتبر أهلية الارث) هذا هو الجواب الذى أسلفناه وقدمنا تقريره وايضاحه أن حقيقة الوارث غير مرادة فانه لمن قام به الارث بالفعل وهذا لا يتحقق الا بعد موت من تجب له النفقة ولا نفقة بعد الموت فتعذرت ارادة الحقيقة فكان المراد من يثبت له ميراث والخال كذلك فوجبت نفقته عليه ولم تجب على ابن العم لعدم المحرمية بخلاف ما لو كان له خال وعم أو عمة فان النفقة حينئذ على العم لاشتراكهما فى المحرمية واحراز العم الميراث فى الحال لو مات فلو كان العم معسرا وجبت بين العمة والخال أثلاثا على العمة الثلث ويجعل المعسر كالميت والحاصل ان قوله أهلية الميراث لا احرازه فيما اذا كان المحرز للميراث غير محرم ومعه محرم أما اذا ثبتت محرمية كلهم وبعضهم لا يحرز الميراث فى الحال كالخال والعم اذا اجتمعا فانه يعتبر احراز الميراث فى الحال وتجب النفقة على العم واذا اتفقوا فى المحرمية والارث فى الحال وكان بعضهم فقيرا جعل كالمعدوم ووجبت على الباقين على قدر ارثهم كأن ليس معهم غيرهم (قوله ثم اليسار مقدر بالنصاب) أى بنصاب الزكاة على ما روى عن أبى يوسف وعن محمد روايتان احداهما بما يفضل عن نفقته شهرا والاخرى بما يفضل عن كسبه كل يوم حتى لو كان كسبه درهما ويكفيه أربعة دوانق وجب عليه الدانقان للقريب ومحمل الروايتين على حاجة الانسان ان كان مكتسبا ولا مال له حاصل اعتبر فضل كسبه اليومى وان لم يكن بل كان له مال اعتبر نفقة شهر فينفق ذلك الشهر فان صار فقيرا ارتفعت نفقتهم عنه ومال السرخسى الى قول محمد فى الكسب فانه علله بان قال لان الاستحقاق باعتبار الحاجة فيعتبر فى جانب المؤدى بتيسير الاداء وتيسير الاداء موجود اذا كان كسبه يفضل عن نفقته وقال صاحب التحفة قول محمد أرفق ومال الولوالجى الى قول أبى يوسف قال لان النفقة تجب على الموسر ونهاية اليسار لا حد لها وبدايته النصاب فيتقدر به وقال فى الخلاصة بعد ما نقل انه نصاب الزكاة وبه يفتى واختار صاحب الهداية انه نصاب حرمان الصدقة (قوله والفتوى على الاول) أى على ان اليسار مقدر بالنصاب لكن لا كما يقول أبو يوسف وتقدم تفصيل النصب فى باب صدقة الفطر الا أن النفقة لما كانت حق الآدمى نفسه تعتبر مجرد القدرة عليه بعد كونه فاضلا عن حاجته وصدقة الفطر حق يجب لله تعالى بسبب الآدمى وحقوق الله تعالى يراعى فيها من التيسير ما لا يعتبر فى حق العبد المحتاج وليس ذلك مطلقا بل اذا لم يكن كسوبا يعتبر أن يكون له قدر نصاب فاضل لتجب عليه النفقة فاذا أنفق ولم يبق له شئ سقطت وان كان كسوبا يعتبر قول محمد

قال المصنف (لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة) أقول لا كما روى عن أبى يوسف هكذا قيل لكن فى شرح الكنز وهذا للامام الزيلعى ان اليسار هنا مقدر بنصاب حرمان الصدقة عند أبى يوسف رحمه الله لانه هو المعتبر فى وجوب المواساة عليه لوجوب التبرع كصدقة الفطر اه (قوله وهى مؤنة من كل وجه أولى) أقول فيه بحث فانها صدقة أيضا على ما دل عليه الاخبار الصحيحة وجوابه ان المراد أن شرعيتها للمؤنة ولا ينافى كونها عبادة بالنية بخلاف صدقة الفطر وسيجئ من المصنف فى كتاب الحجر أيضا انها ليست عبادة والمراد ما ذكرنا

(وان كان للابن الغائب مال قضى فيه بنفقة أبويه) وقوله (وقد بينا الوجه فيه) يريد ماتقدم من قوله ولا يقضى بنفقة فى مال غائب الا لهؤلاء الى قوله ولهذا كان لهم أن يأخذوا فكان قضاء القاضى اعانة لهم وقوله (واذا باع أبوه متاعه) ظاهر وقوله (وكذا الاتملك الام فى النفقة) مخالف لما ذكر فى الاقضية وما ذكره القدورى من جواز البيع للابوين فاما ان يكون فى المسئلة روايتان فى رواية الاقضية والقدورى تملك الام البيع كالاب لان معنى الولادة يجمعهما وهما فى استحقاق النفقة على السواء وأما ان يكون ما فى الاقضية والقدورى مأولا بأن الاب هو الذى يبيع لكن لمنفعتهما فاضاف البيع اليهما من حيث ان منفعة البيع تعود اليهما وهو الظاهر وقوله (ان للاب ولاية الحفظ فى مال الغائب) اعترض عليه بأنه كذلك لكن الفرض انه يبيعه لنفقته وانما يصح بيعه أن لو كان قصده البيع للحفظ وأجيب بأنه لما جاز بيعه للحفظ حقيقة فبقصده الانفاق لا تتغير تلك الحقيقة اذ لا تأثير للعزيمة فى تغيير الحقيقة لا يقال عارض جهة الحفظ جهة الاتلاف بالانفاق لانا نقول الاتلاف بعد وجوب النفقة وفى الحال لم تجب فلا تعارض وقوله على مامر اشارة الى ماقال ولهذا كان لهم ان يأخذوا فكان قضاء القاضى اعانة لهم

(قوله من حيث ان منفعة البيع تعود اليهما وهو الظاهر) أقول ألا ترى الى قول المصنف بخلاف غير الاب من الاقارب قال المصنف (ولابى حنيفة رحمه الله ان للاب ولاية الحفظ فى مال الغائب) أقول قال الامام الزيلعى وفى المسئلة نوع اشكال وهو أن يقال اذا كان للاب حال غيبة ابنه ولاية الحفظ اجماعا فالمانع له من البيع بالنفقة عندهما أو بالدين عند الكل اهـ جواب الاشكال الاول ظاهر فانهما يفرقان بين البيع للحفظ ثم الانفاق والبيع بقصد الانفاق وجواب الثانى يظهر من تقرير الاكمل فتأمل فيه (قوله لانا نقول الاتلاف بعد وجوب النفقة وفى الحال لم تجب فلا تعارض) أقول فيه بحث اذ الاول انه اذا وجب بفرض القاضى واذنه فى الاستدانة ينبغى أن لا يجوز البيع على ماقرره والظاهر خلافه

(واذا كان للابن الغائب مال قضى فيه بنفقة أبويه) وقد بينا الوجه فيه (واذا باع أبوه متاعه فى نفقته جاز) عند أبى حنيفة رحمة الله تعالى عليه وهذا استحسان (وان باع العقار لم يجز) وفى قولهما لا يجوز ذلك كله وهو القياس لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ ولهذا لا يملك فى حال حضرته ولا يملك البيع فى دين له سوى النفقة وكذا لا تملك الام فى النفقة ولابى حنيفة رحمه الله ان للاب ولاية الحفظ فى مال الغائب ألا ترى ان للوصى ذلك فالاب أولى لوفور شفقته وبيع المنقول من باب الحفظ ولا كذلك العقار لانها محصنة بنفسها وبخلاف غير الاب من الاقارب لانه لا ولاية لهم أصلا فى التصرف حالة الصغر ولا فى الحفظ بعد الكبر واذا جاز بيع الاب فالثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية ثم له أن يأخذ منه بنفقته لانه من جنس حقه (وان كان للابن الغائب مال فى يد أبويه وأنفقا منه لم يضمنا) لانهما استوفيا حقهما لان نفقتهما واجبة قبل القضاء على مامر وقد أخذا جنس الحق

وهذا يجب أن يعول عليه فى الفتوى (قوله واذا كان للابن الغائب مال قضى فيه بنفقة أبويه) لما قدمنا ان كل من يقضى له بالنفقة عند غيبة من عليه جاز له أن يأخذ اذا قدر بلا قضاء فالوالدان والولد والزوجة اذا قدروا على مال من جنس حقهم جاز لهم أن ينفقوه على أنفسهم اذا احتاجوا (قوله وقد بينا الوجه فيه) عند قوله فيما سبق ولا يقضى بنفقة فى مال غائب الا لهؤلاء وهو قوله ووجه الفرق ان نفقة هؤلاء واجبة قبل القضاء ولهذا كان لهم أن يأخذوا فكان قضاء القاضى اعانة لهم (قوله وان باع العقار لم يجز) ولا يجوز للاب بيع عقار الابن الا اذا كان الابن صغيرا أو مجنونا ولا يجوز لغيره مطلقا (قوله لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ) وقرر فى النهاية وجه القياس بأن ولاية الاب تنقطع ببلوغ الصبى رشيدا الا فيما يبيعه تحصينا على الغائب ولا يخفى ان قيد الرشيد ليس معتبرا فى انقطاع ولاية الاب نعم اذا بلغ غير رشيد لا يسلم اليه ماله حتى يؤنس منه الرشد أو يبلغ خمسا وعشرين سنة على ما عرف ومع ذلك لا حجر عليه حتى أمكنه أن يباشر العقود الموجبة للدين عليه ولذا قالا فى جواب أبى حنيفة هنالك ان منع المال لا يفيد مع فك الحجر لانه يتلفه بلسانه بان يباشر العقود الى آخر ما عرف فى باب الحجر (قوله وكذا لا تملك الام فى نفقتها) مع انها مساوية للاب فى استحقاق النفقة وكذا ليس للقاضى أن يحكم به مع عموم ولايته (قوله ولابى حنيفة) حاصله الفرق بين الاب وغيره بثبوت ولاية حفظ مال الابن الكبير الغائب وبيع العروض من باب الحفظ لانه يخشى عليه التلف واذا ملكه الوصى فلان يملكه الاب أولى لان الوصى يستفيد الولاية من جهته فمن المحال أن لا يكون له ولاية وغيره يستفيدها منه واذا جاز بيعه صار الحاصل عنده الثمن وهو جنس حقه فيأخذ بخلاف العقار لانه محصن بنفسه فلا يحتاج الى الحفظ بالبيع فليس للاب بيعه الا بمحض الولاية وذلك عند صغر الولد أو جنونه ومقتضى هذا صحة بيع الاب للعروض على الكبير اذا لم يكن الدين بخلاف غير الاب ليس له ولاية الحفظ فليس له البيع لكن نقل فى الذخيرة عن الاقضية جواز بيع الابوين وهكذا ذكر القدورى

(وان كان له مال في يد أجنبي فانفق عليهما بغير اذن القاضي ضمن) لانه تصرف في مال الغير بغير ولاية لانه نائب في الحفظ لا غير بخلاف ما اذا أمره القاضي لان أمره ملزم لعموم ولايته واذا ضمن لا يرجع على القابض لانه ملكه بالضمان فظهر انه كان متبرعا به (واذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوي الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت) لان نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار وقد حصلت بمضي المدة بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضي لانها تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى قال (الا ان يأذن القاضي بالاستدانة عليه) لان القاضي له ولاية عامة فصار اذنه كأمر الغائب فيصير دينا في ذمته فلا تسقط بمضي المدة والله تعالى أعلم بالصواب

في شرحه فانه أضاف البيع اليهما فيحتمل أن يكون في المسئلة روايتان وجه رواية الاقضية ان معنى الولاد يجمعهما وهما في استحقاق النفقة سواء وعلى تقدير الانفاق فتأويله ان الاب هو الذي يتولى البيع وينفق عليه وعليها أما بيعها بنفسها فبعيد لان جواز البيع غير منوط بالولاد ولا باستحقاق النفقة بل بثبوت ولاية الحفظ (قوله فأنفق عليهما بغير اذن القاضي ضمن) أي في القضاء أما فيما بينه وبين الله تعالى فلا ضمان عليه ولو مات الغائب حل له أن يحلف لورثته انهم ليس لهم عليه حق لانه لم يرد بذلك غير الاصلاح وفي النوادر لو لم يكن في مكان يمكن استطلاع رأي القاضي لا يضمن استحسانا وقالوا في رفقة في سفر أغمي على أحدهم أو مات فأنفقوا عليه وجهزوه من ماله لا يضمنون استحسانا ومات من جماعة من أصحاب محمد خرجوا الى الحج واحد فباعوا ما كان له معهم فلما وصلوا سألوا أستاذهم محمدا فذكروا له ذلك فقال محمد لو لم تفعلوا اذاك لم تكونوا فقهاء وكذا باع محمد كتب تلميذ له مات وأنفق في تجهيزه فقيل له انه لم يوص بذلك فتلا قوله تعالى والله يعلم المفسد من المصلح وقالوا في عبد مأذون مات مولاه في بلاد بعيدة فأنفق على نفسه وما معه من الدواب والامتعة لا يضمن وكذا عن مشايخ بلخ في مسجد له أوقاف ولا متولي له فقام رجل من أهل المحلة في جمع ريعها وأنفق على مصالح المسجد فيما يحتاج من شراء الزيت والحصر والحشيش لا يضمن استحسانا (قوله فظهر الخ) يعني اذا ضمنه الغائب ظهر ملكه لما دفعه للابوين حال دفعه لهما فيظهر انه كان متبرعا بملكه لهما فلا رجوع له عليهما (قوله فمضت مدة سقطت) هذا اذا طالت المدة فأما اذا قصرت لا تسقط وما دون الشهر قصيرة فلا تسقط قيل وكيف لا تصير القصيرة دينا والقاضي مأمور بالقضاء ولو لم تصر دينا لم يكن للامر بالقضاء بالنفقة فائدة ولو كان كل ما مضى سقط لم يمكن استيفاء شيء ومثل هذا قدمناه في غير المفروضة من نفقة الزوجات (قوله لان نفقة هؤلاء تجب للحاجة) وعن هذا ما قدمناه من انه لو أعطاهم نفقة أو كسوة فسرقت أو هلكت كان عليه أخرى لان الحاجة لم تندفع بما سرق ولو كان مثل ذلك في حق الزوجة ليس عليه أخرى حتى تنقضي مدة تلك النفقة والكسوة لانها للزوجة ليست شرع الحاجتها بل لاحتباسها في تلك المدة وبالتلف قبل مضي تلك المدة لم ينتف الاعتياض عنها (قوله الا أن يأذن القاضي بالاستدانة فلا تسقط) وان كان في نفقة ذوي الارحام لما ذكر في الكتاب وما ذكره في زكاة الجامع ان دين نفقة الزوجات والاقارب بعد القضاء مانع من وجوب الزكاة لان له مطالبا من جهة العباد فسوى بين نفقة الزوجات والاقارب اختلفوا فيه فقيل محمله في نفقة الاقارب ما اذا أذن القاضي في الاستدانة واستدانوا حتى احتاجوا الى وفاء الدين أما اذا لم يستدينوا بل أكلوا من الصدقة لا تصير النفقة دينا والى هذا مال السرخسي وحكم به كثير من القضاة المتأخرين ونصروه وقيدوا اطلاق الهداية به وقيل محمله ما اذا قصرت المدة بان تكون شهرا فأقل والله سبحانه أعلم

وقوله (لانه ملكه بالضمان) يعني ان الاجنبي ملك المدفوع بالضمان فظهر انه كان متبرعا بمال نفسه وقوله بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضي يعني أنها لا تسقط بمضي المدة لانها تجب مقابلة الاحتباس لا بطريق الحاجة ولهذا تجب مع يسارها فلا تسقط لحصول الاستغناء فيما مضى وقوله (الا ان يأذن القاضي بالاستدانة عليه) استثناء من قوله فمضت مدة سقطت ومعناه اذا أذن القاضي بالاستدانة عليه لا تسقط نفقتهم أيضا كنفقة الزوجة وان مضت مدة لان القاضي له ولاية عامة فصار اذنه بالاستدانة كأمر الغائب بها ولو أمر الغائب بالاستدانة صار دينا في ذمته لا يسقط بمضي المدة فكذا اذا أذن القاضي بذلك واذا تذكرت ان نفقة الزوجة جزاء الاحتباس ونفقة الاقارب للكفاية ظهر لك وجه ما قال في الذخيرة ان القاضي اذا فرض للزوجة في الشهر مائة فمضت المدة وفي يدها منه شيء لم يحتسب للشهر الثاني ولو كان ذلك في نفقة الاقارب حوسب به وان القاضي اذا فرض للزوجة كسوة لمدة معينة فسرقت ليس عليه ان يكسوها حتى تفرغ المدة ولو كان ذلك في الاقارب وجب عليه ان يكسوهم

﴿فصل﴾ جمع فى هذا الفصل بين نفقة الرقيق وغيره من الحيوانات وأخره عن الجميع وهو فى محزه ظاهر مذهب أصحابنا ان الانسان لا يجبر على الانفاق على ملكه سوى الرقيق واما فى الدواب فيفتى فيما بينه و بين الله تعالى (٣٥٥) بالانفاق عليها وفى غير الدواب كالدور والعقار فانه لا يفتى به أيضا الا انه اذا كان فيه تضييع المال كان ترك الانفاق مكروها وكلامه واضح وفرق بين نفقة الزوج والمملوك فى ان المولى اذا امتنع عن الانفاق وهو ممن لا كسب له أجبر على بيع المملوك والزوج اذا عجز عن الانفاق على الزوجة لا يجبر على الطلاق بأن فى الاجبار على البيع زوال ملك المولى الى خلف وهو الثمن وفى عدمه فوات حق المملوك فى النفقة لا الى خلف لان نفقة المملوك لا تصير دينا على المولى بحال من الاحوال وأما فى النكاح ففى الاجبار على التفريق فوات ملك الزوج بلا خلف وفى عدمه فوات حق المرأة فى الحال الى خلف لصيرورة نفقتها بقضاء القاضى دينا على الزوج فكان تأخيرا وقوله على ماذكرنا اشارة الى قوله بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضى لانها تجب مع يسارها فلا تسقط فكان الضرر اللاحق بالزوج أشد وكان بالدفع أولى (وعن أبى يوسف أنه يجبر) وهو قول الشافعى وقاساه على الرقيق والاصح ماقلنا يعنى من عدم الجبر لان اجبار القاضى المولى على عمل كه نوع قضاء والقضاء لا بد له من مقضى له وهو من أهل الاستحقاق وهذا يوجد فى الرقيق لكونه من أهل ان يستحق حقا على المولى وعلى غيره فى الجملة ألا ترى انه بالكتابة يستحق حقوقا على المولى وان كان مملوكا فاما غير الرقيق فلا يستحق على المولى حقا فلا يصح ان يكون مقضيا له فانعدم شرط القضاء فينعدم القضاء والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ (وعلى المولى ان ينفق على عبده وأمته) لقوله صلى الله عليه وسلم فى المماليك انهم إخوانكم جعلهم الله تعالى تحت أيديكم أطعموهم مما تأكلون وألبسوهم مما تلبسون ولا تعذبوا عباد الله (فان امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وأنفقا) لان فيه نظرا للجانبين حتى يبقى المملوك حيا و يبقى فيه ملك المالك (وان لم يكن لهما كسب) بان كان عبدا زمنا أو جارية لا يؤاجر مثلها (أجبر المولى على بيعهما) لانهما من أهل الاستحقاق وفى البيع ايفاء حقهما وابقاء حق المولى بالخلف بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير دينا فكان تأخيرا على ماذكرنا ونفقة المملوك لا تصير دينا فكان ابطالا و بخلاف سائر الحيوانات لانها ليست من أهل الاستحقاق فلا يجبر على نفقتها الا انه يؤمر به فيما بينه و بين الله تعالى لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن تعذيب الحيوان وفيه ذلك ونهى عن اضاعة المال وفيه اضاعته وعن أبى يوسف رحمه الله انه يجبر والاصح ماقلنا والله تعالى أعلم بالصواب

﴿فصل﴾ (قوله وعلى المولى أن ينفق على عبده وأمته) عليه اجماع العلماء قيل الا الشعبى والاولى أن يحمل قوله على ما اذا كانوا يقدرون على الاكتساب فانه لا يجب على المولى كما سنذكره ولو كان العبد بين رجلين فغاب أحدهما فأنفق الآخر بغير اذن القاضى و بغير اذن صاحبه فهو متطوع وكذا النخل والزرع والمودع والملتقط اذا أنفقا على الوديعة واللقطة والدار المشتركة اذا كان أنفق أحدهما فى مرمتها بغير اذن صاحبه و بغير أمر القاضى فهو متطوع كذا فى الخلاصة وفيها اذا شهد شاهدان على رجل فى يده أمة ان هذه حرة قبل القاضى هذه الشهادة ادعت الامة أو جحدت و يضعها على يد عدل وتفرض نفقة الامة ان طلبت على الذى كانت فى يده اهـ ولو ان عبدا صغيرا فى يد رجل فقال لغيره هذا عبدك أودعته عندى فأنكر يستحلف ما أودعه ثم يقضى بنفقته على من هو فى يده لانه أقر برقه ولم يثبت لغيره فيبقى على حكم ملكه ولو كان كبيرا لا يحلف لانه فى يد نفسه والقول له فى الرق والحرية والحديث الذى ذكره فى الصحيحين من حديث أبى ذر أنه صلى الله عليه وسلم قال هم اخوانكم خولكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل و يلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم ما يغلبهم فان كلفتموهم فأعينوهم ورواه أبو داود بسند صحيح وزاد فيه ومن لم يلائمكم منهم فبيعوهم ولا تعذبوا خلق الله وعن على رضى الله عنه قال كان آخر كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلاة الصلاة اتقوا الله فيما ملكت أيمانكم رواه أحمد والمراد من جنس ما تأكلون وتلبسون لا مثله فاذا ألبسه من الكتان والقطن وهو يلبس منهما الفائق كفى بخلاف الباسه نحو الجوالق والله أعلم ولم يتوارث عن الصحابة انهم كانوا يلبسون مثلهم الا الافراد (قوله فان امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وأنفقا) على أنفسهما حتى لو كان يتمكن من الانفاق على نفسه من مال السيد ليس له أن يتناول منه الا اذا نهاه عن الكسب أما اذا كان عاجزا عن الكسب فله أن يتناول من مال السيد اذا أبى أن ينفق عليه (قوله بأن كان عبدا زمنا) يفيد انه اذا كان صحيحا الا انه غير عارف بصناعة لا يكون عاجزا عن الكسب لانه يمكن أن يؤاجر نفسه فى بعض الاعمال كحمل شئ وتحويل شئ كمعين البناء وماقدمناه نقلا من الكافى فى نفقة ذوى الارحام ثبوته هنا أولى وكذا اذا كانت جارية لا يؤاجر مثلها بان كانت حسنة يخشى من ذلك الفتنة أجبر على الانفاق أو البيع بخلاف المدبر والمدبرة وأم الولد فانه يجبر على الانفاق عليهم عينا ان لم يقدروا على الكسب بخلاف المكاتب حيث لا يؤمر على حقه بشئ ولو أعتق عبدا زمنا سقطت نفقته عنه وتجب فى بيت المال وكذا العبد الصغير لانه ليس بينهما محرمية وان كان عصبة له كابن العم (قوله بخلاف سائر الحيوانات الخ) ظاهر الرواية انه لا يجبره القاضى على ترك الانفاق عليها الان

﴿كتاب العتاق﴾

(الاعتاق تصرف مندوب اليه قال صلى الله عليه وسلم أيما مسلم أعتق مؤمنا أعتق الله تعالى بكل عضو منه عضوا منه من النار ولهذا استحبوا ان يعتق الرجل العبد والمرأة الامة ليتحقق مقابلة الاعضاء بالاعضاء قال (العتق يصح من الحر البالغ العاقل في ملكه)

في الاجبار نوع قضاء والقضاء يعتمد المقضي له و يعتمد أهلية الاستحقاق في المقضي له وليس فليس لكنه يؤمر به ديانة فيما بينه و بين الله تعالى و يكون آثما معاقبا بحبسها عن البيع مع عدم الانفاق وفي الحديث امرأة دخلت النار في هرة حبستها حتى ماتت لاهي أطلقتها تأكل من (١) خشاش الارض ولاهي أطعمتها وذكر المصنف انه صلى الله عليه وسلم نهى عن تعذيب الحيوان يعني ما تقدم من رواية أبي داود ولا تعذبوا خلق الله ونهى عن اضاعة المال وهو ما في الصحيحين من انه صلى الله عليه وسلم كان ينهى عن اضاعة المال وكثرة السؤال وعن هذا ماذكر انه يكره في غير الحيوان أن لا ينفق عليها يعني كالاملاك من الدور والزروع فانه يؤدي الى ضياع المال وعن أبي يوسف انه يجبر في الحيوان وهو قول الشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله وغاية ما فيه أن نتصور فيه دعوى حسبة فيجبره القاضي على ترك الواجب ولابدع فيه وظاهر المذهب الاول والحق ما عليه الجماعة بخلاف ما لو كانت الدابة بين شريكين فطلب أحدهما من القاضي أن يأمره بالنفقة حتى لا يكون متطوعا بالانفاق عليها فالقاضي يقول للآبي اما أن تبيع نصيبك من الدابة أو تنفق عليها رعاية لجانب الشريك ذكره الخصاف وفي المحيط يجبر صاحبه لانه لولم يجبر لتضرر الشريك ﴿فروع﴾ وتجب النفقة على من له المنفعة مالكا كان أولا فلذا لو أوصى بعبد لرجل وبخدمته لآخر فالنفقة على من له الخدمة ولو أوصى بجارية لانسان وبما في بطنها لآخر فالنفقة على من له الجارية ومثله لو أوصى بدار لرجل وسكناها لآخر فالنفقة على صاحب السكنى لان المنفعة له فان انهدمت فقال صاحب السكنى أنا أبنيها وأسكنها كان له ذلك ولا يكون متبرعا لانه مضطر فيه لانه لا يصل الى حقه الا به فصار كصاحب العلو مع صاحب السفل اذا انهدم السفل وامتنع صاحبه من بنائه كان لصاحب العلو أن يبنيه ويمنع صاحبه منه حتى يعطيه ما غرم فيه ولا يكون متبرعا وكذا لو أوصى بنخل لواحد و بثمرها لآخر فالنفقة على صاحب الثمرة وفي التبن والحنطة ان بقي من ثلث ماله شئ فالنفقة في ذلك المال وان لم يبق فالتخليص عليهما لان المنفعة لهما وأقول ينبغي أن يكون على قدر قيمة ما يحصل لكل منهما والا يلزم ضرر صاحب القليل ألا ترى الى قولهم في السمسم اذا أوصى بدهنه لواحد و بثجيره لآخر فان النفقة على من له الدهن لعده عدما وان كان قد يباع و ينبغي أن يجعل كالحنطة والتبن في ديارنا لان الكسب يباع لعلف البقر وغيره وكذا أقول فيما عن محمد ذبح شاة فأوصى بلحمها لواحد و بجلدها لآخر فالتخليص عليهما كالحنطة والتبن انه يكون على قدر الحاصل لهما وقبل الذبح أجرة الذبح على صاحب اللحم لا الجلد ونفقة المبيع قبل أن يقبض قيل على المشتري فتكون تابعة للملك كالمرهون والصحيح انه على البائع ما دام في يده و يجوز وضع الضريبة على العبد ولا يجبر عليها بل ان اتفقا على ذلك والله سبحانه أعلم

﴿كتاب العتاق﴾

اشترك كل من الطلاق والاعتاق في انه اسقاط الا أنه اسقاط ملك الرقبة والطلاق اسقاط ملك منافع البضع وأما اسقاط ملك ما في الذمة فيسمى ابراء واسقاط ملك القصاص يسمى عفوا فقد ميزت أنواع الاسقاطات بأسماء لمناسب اليها مع اختصار وتسري اضافة للبعض الى الكل وهذا على ظاهره قولهما وعلى قوله بتأويل الاول الى الكل و يلزم حتى لا يقبل الفسخ الا أنه قدم الطلاق وان كان غير مندوب اليه

ذكر العتاق بعد الطلاق لمناسبته له في انه اسقاط بني على السراية واللزوم كالطلاق حتى صح التعليق وصار اعتاق البعض كاعتاق الكل إما افسادا في الملك أو تحقيقا للعتق ولم يتقبل الفسخ بعد الثبوت كالطلاق ومن محاسنه انه إحياء حكمي يخرج العبد به عن كونه ملحقا بالجمادات الى كونه أهلا للكرامات البشرية من قبول الشهادة والولاية وتفسيره في اللغة القوة يقال عتق الفرخ إذا قوي وطار عن وكره وفي الشريعة قوة حكمية يصير المرء بها أهلا للشهادة والولاية والقضاء وأسبابه كثيرة منها الاعتاق ومنها دعوى النسب ومنها الاستيلاد ومنها ملك القريب ومنها زوال يد الكافر عنه كما اذا اشترى الحربي في دارنا عبدا مسلما فدخل به في دار الحرب فانه يعتق في قول أبي حنيفة ومنها الاقرار بحرية العبد اذا اشتراه بعد ذلك وشرطه كون المعتق حرا بالغا مالكا ملك اليمين وركنه ما ثبت به العتق وهو نوعان صريح وكناية وحكمه زوال الرق والملك عن المحل وأنواعه المرسل والمعلق والمضاف الى ما بعد الموت وكل منها اما ببدل أو بغيره وكلامه ظاهر سوى ألفاظ نذكرها

(١) قوله خشاش كذا في بعض النسخ وأنه في النهاية قال والخشاش بالكسر الحشرات وقد يفتح وفي الحديث ان امرأة الخ وسرده الى أن قال و يروى بالحاء المهملة وهو يابس النبات وهو وهم كتبه مصححه

اليه على العتق المندوب اليه وصلاله بمقابله وهو النكاح ولانه يقع على محله بشرط وجوده فكان متصلا به أو هو من بيان أحكام النكاح لان النكاح يوجب ملك الطلاق و بيان متعلق الحكم بين نفس الحكم المتعلق لانه فى بيان أنه يملكه على أى وجه من الحل والحرمة والندب والسريان وغيرذلك ولا يخفى ما فى الاعتاق من المحاسن فان الرق أثر الكفر فالعتق ازالة أثر الكفر وهو احياء حكمى لاثره حكمى لموت حكمى فان الكافر ميت معنى فانه لم ينتفع بحياته ولم يذق حلاوتها العليا فصار كأنه لم يكن له روح قال تعالى أومن كان ميتا فأحييناه أى كافرا فهديناه ثم أثر ذلك الكفر الرق الذى هو سلب أهليته لما تأهل له العقلاء من ثبوت الولايات على الغير من انكاح البنات والتصرف فى المال والشهادات وعلى نفسه حتى لا يصح نكاحه ولا بيعه ولا شراؤه وامتنع أيضا بسبب ذلك عن كثير من العبادات كصلاة الجمعة والحج والجهاد وصلاة الجنائز وفى هذا كله من الضرر ما لا يخفى فانه صار بذلك ملحقا بالاموات فى كثير من الصفات فكان العتق احياء له معنى ولذا والله أعلم كان جزاؤه عند الله تعالى اذا كان العتق خالصا لوجهه الكريم الاعتاق من نار الجحيم التى هى الهلاك الاكبر فهو بل احياؤه معنى باحيائه معنى أعظم احياء كما وردت به الاخبار عن سيد الاخيار منها الحديث الذى ذكره المصنف رواه الستة فى كتبهم عن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال أيما امرئ مسلم أعتق امرأ مسلما استنقذ الله بكل عضو منه عضوا منه من النار وفى لفظ من أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل عضو منها عضوا من أعضائه من النار حتى الفرج بالفرج أخرجه الترمذى فى الايمان والنذور ورواه ابن ماجه فى الاحكام والباقون فى العتق وأخرج أبوداود وابن ماجه عن كعب بن مرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أيما رجل مسلم أعتق رجلا مسلما كان فكاكه من النار وأيما امرأة مسلمة أعتقت امرأة مسلمة كانت فكاكها من النار وزاد أبوداود وأيما رجل أعتق امرأتين مسلمتين الا كانتا فكاكه من النار يجزى مكان عظمين منهما عظما من عظامه وهذا يستقل بما ذكره المصنف من استحباب عتق الرجل الرجل والمرأة المرأة لانه ظهر ان عتقه بعتق المرأتين بخلاف عتقه رجلا والعتق والعتاق لغة عبارتان عن القوة ومنه عتاق الطير لجوارحها وعتق الفرخ اذا قوى على الطيران وفرس عتيق اذا كان سابقا وذلك عن قوته والبيت العتيق لاختصاصه بالقوة الدافعة عنه ملك أحد فى عصر من الاعصار وقيل للتقديم عتيق لقوة سبقه وللخمر اذا تقادمت لزيادة قوتها القوة تأثيرها وباعتبار القدم والسبق جاء بيت أوس بن حجر حيث قال

على ألية عتقت قديما * وليس لها وان طلبت مرام

يعنى قدمت وانها لاترام بحل وبعده

بأن الغدر قد علمت معد * على وجارتى منى حرام

المعنى انه حلف من قديم انه لا يغدر ولا يزنى بجارته وكذا تقول عتقت اذا سبقت وذلك لفضل القوة والعتق أيضا يقال للجمال ومنه سمى الصديق عتيقا لجماله وقيل لقدمه فى الخير وقيل لعتقه من النار وقيل لشرفه فانه قوة فى الحسب وهو معنى ما ذكر أنه يقال للكريم يعنى الحسيب وقيل قالت أمه لما وضعته هذا عتيق من الموت وكان لا يعيش لها ولد وكل هذه المفهومات ترجع الى زيادة قوة فى معانيها وقيل هو اسمه العلم فيمكن أن يكون سبب وضعه له الجمال أو تفاؤلا له بالحسب المنيف أو بعدم الموت واذا كان العتق لغة القوة فالاعتاق اثبات القوة كما قاله فى المبسوط والعتق فى الشرع خلوص حكمى يظهر فى الآدمى عما قدمناه ثابتا بالرق ولا يخفى ثبوت القوة الشرعية به لقدرته على ما لم يكن يقدر عليه فعن هذا يقال انه القوة الشرعية ويمكن أن يكون هذا المعنى من أفراد المعنى اللغوى وعن هذا قال فى الصحاح العتق الحرية بناء على ان القوة المفسر هو بها لغة أعم من كونها فى البدن أو ما يرجع الى

شرط الحرية لان العتق لا يصح الا في الملك ولا ملك للمملوك والبلوغ لان الصبي ليس من أهله لكونه ضررا ظاهرا ولهذا لا يملكه الولي عليه والعقل لان المجنون ليس بأهل للتصرف ولهذا لو قال البالغ أعتقت وأنا صبي فالقول قوله وكذا اذا قال المعتق أعتقت وأنا مجنون وجنونه كان ظاهرا لوجود الاسناد الى حالة منافية وكذا لو قال الصبي كل مملوك أملكه فهو حر إذا احتلمت لا يصح لانه ليس بأهل لقول ملزم ولا بد ان يكون العبد في ملكه حتى لو أعتق عبد غيره لا ينفذ عتقه لقوله صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم

معنى آخر ولذا أطلقوه في المواضع التي عددناها باعتبار قوة ترجع الى معان مختلفة الا انه مقيد بالحرية الطارئة على الرق وبه صرح في المغرب حيث قال العتق الخروج عن المملوكية فالاعتاق شرعا اثبات القوة الشرعية وهو التحرير اثبات الحرية وهي الخلوص يقال طين حر للخالص عما يشوبه ومنه يقال أرض حرة لا خراج عليها والكل يرجع الى معنى القوة والرق في اللغة الضعف ومنه ثوب رقيق وصوت رقيق وقد يقال العتق بمعنى الاعتاق في الاستعمال الفقهي تجوزا باسم المسبب عن السبب كقول محمد أنت طالق مع عتق مولاك اياك وسببه الباعث في الواجب تفريغ ذمته وفي غيره قصد التقرب الى الله تعالى وأما سببه المثبت له فقد يكون دعوى النسب وقد يكون نفس الملك في القريب وقد يكون الاقرار بحرية عبد انسان حتى لو ملكه عتق وقد يكون بالدخول في دار الحرب فان الحربي لو اشترى عبدا مسلما فدخل به الى دار الحرب ولم يشعر به عتق عند أبي حنيفة وكذا زوال يده عنه بأن هرب من مولاه الحربي الى دار الاسلام وقد يكون اللفظ المذكور كما سنذكره وهو نفسه ركن الاعتاق اللفظي الانشائي وشرطه أن يكون المعتق حرا بالغا عاقلا وحكمه زوال الرق عنه والملك وصفته في الاختياري انه مندوب اليه غالبا ولا يلزم في تحققه شرعا وقوعه عبادة فانه يوجد بلا اختيار ومن الكافر بل قد يكون معصية كالعتق للشيطان والصنم وكذا اذا غلب على ظنه انه لو أعتقه يذهب الى دار الحرب أو يرتد أو يخاف منه السرقة وقطع الطريق وينفذ عتقه مع تحريمه خلافا للظاهرية وقد يكون واجبا كالكفارة وقد يكون مباحا كالعتق لزيد والقربة ما يكون خالصا لله عز وجل فتحصل ان العتق يوصف بالاحكام من الوجوب والندب والاباحة والتحريم هذا وفي عتق العبد الذمي ما لم يخف ماذكرنا أجر لتمكينه من النظر في الآيات والاشتغال بما يزيل الشبهة عنه وأما ما عن مالك انه اذا كان أعلى ثمنا من العبد المسلم يكون عتقه أفضل من عتق المسلم لقوله صلى الله عليه وسلم أفضلها أغلاها بالمهملة والمعجمة فبعيد عن الصواب ويجب تقييده بالاعلى من المسلمين لانه تمكين المسلم من مقاصده وتفريغه وأما ما يقال في عتق الكافر ماذكرنا فهو احتمال يقابله ظاهر فان الظاهر رسوخ الاعتقادات وإلفها فلا يرجع عنها ولذا نشاهد الاحرار بالاصالة منهم لا يزدادون الا ارتباطا بعقائدهم فضلا عمن عرضت حريته نعم الوجه الظاهر في استحباب عتقه تحصيل الجزية منه للمسلمين وأما تفريغه للتأمل فيسلم فهو احتمال والله أعلم (قوله ولا ملك للمملوك) عن هذا قلنا ان مال العبد لمولاه بعد العتق وهو مذهب الجمهور وعند الظاهرية للعبد وبه قال الحسن وعطاء والنخعي والشعبي ومالك لما عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم قال من أعتق عبدا وله مال فالمال للعبد رواه أحمد وكان عمر اذا أعتق عبدا لم يتعرض لماله قيل الحديث خطأ وفعل عمر من باب الفضل وللجمهور ما عن ابن مسعود انه قال لعبده يا عمير اني أريد أن أعتقك عتقا هنيا فأخبرني بمالك فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول أيما رجل أعتق عبده أو غلامه فلم يخبره بماله فهو لسيده رواه الاثرم (قوله وكذا اذا قال الصبي الخ) وكذا اذا قال المجنون اذا أفقت فهو حر لا ينعقد كلامهما سببا عند الشرط لعدم الاهلية حال التكلم الملزم فلم يقع تعليقا معتبرا (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم الخ) روى أبو داود

والترمذي

(قوله شرط الحرية لان العتق) يعني الاعتاق لانه قال والبلوغ لان الصبي ليس من أهله والصبي من أهل العتق ألا ترى أنه لو ورث أخاه عتق عليه فدل على ان مراده بالعتق الاعتاق والصبي ليس من أهله لكونه ضررا محضا ويدل على ذلك أيضا قوله لان المجنون ليس بأهل للتصرف فان الاعتاق تصرف لا العتق وقوله (ولهذا) أي ولكون البلوغ والعقل شرطا اذا قال البالغ أعتقت وأنا صبي فالقول قوله لانه لما أسند الى حالة منافية الاعتاق كان انكارا منه للاعتاق والقول قول المنكر وقوله لانه ليس بأهل لقول ملزم يعني لان الصبا يوجب الحجر عن الاقوال فان قيل لا نسلم ذلك بل هو أهل له ألا ترى ان صبيا لو أقر بالرق لزمه حتى لو ادعى بعد البلوغ حرية الاصل لا تسمع دعواه أجيب بأن الملزم ثمة هو يد صاحب اليد واقراره مؤكد

كتاب العتاق

قال المصنف (شرط الحرية لان العتق لا يصح الا في ملكه) أقول لك أن تقول بعد قوله في ملكه لا يحتاج الى شرط الحرية والجواب ان اشتراط الحرية مقصود بالافادة ولذلك لم يكتف بمعلوميته ضمنا

(وإذا قال لعبده أو أمته أنت حر أو معتق أو عتيق أو محرر أو قد حررتك أو قد أعتقتك فقد عتق نوى به العتق أو لم ينو) لأن هذه الألفاظ صريحة فيه لأنها مستعملة فيه شرعا وعرفا فأغنى ذلك عن النية والوضع وإن كان في الإخبار فقد جعل إنشاء في التصرفات الشرعية للحاجة كما في الطلاق والبيع وغيرهما (ولو قال عنيت به الإخبار الباطل أو أنه حر من العمل صدق ديانة) لأنه يحتمله

والترمذي في الطلاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال صلى الله عليه وسلم لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك قال الترمذي حديث حسن صحيح وهو أحسن شيء روي في هذا الباب وقوله حتى لو أعتق عبد غيره لا ينفذ مقيد بعدم الوكالة (قوله لأن هذه الألفاظ صريح فيه) أي الألفاظ التي تستعمل لإنشاء الإعتاق صريح وكناية فالصريح المولى والحرية والعتق بأي صيغة كان فعلا أو وصفا أو مصدرا فالفعل نحو أعتقتك وحررتك وأعتقك الله على الأصح وقيل بالنية والوصف نحو أنت حر ومحرر وعتيق ومعتق ولو في النداء كياحر يا عتيق فإنه هكذا حر والمولى كقوله هذا مولاي أو يا مولاي يعتق وإن لم ينو والمصدر العتاق عليك وعتقك علي ولو زاد قوله واجب لم يعتق لجواز وجوبه عليه بكفارة أو نذر ولو قال أنت عتق أو عتاق أو حرية عتق بالنية ذكره في جوامع الفقه فعلى هذا لا بد من إصلاح ضابط الصريح ثم حكم الصريح أن يقع به نواه أو لم ينوه لأن نوى غيره لا في القضاء أما فيما بينه وبين الله تعالى فلا يقع إذا نوى غيره فلو قال نويت بالمولى الناصر لا يصدق في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى هو على ما نوى وينبغي أن يكون هذا إذا لم يكن هازلا فإن كان هازلا فإنه يقع فيما بينه وبين الله تعالى وإن نوى غيره وهو الكذب هزلا هكذا يقتضيه ما صدر به الحاكم كتاب العتق من الكافي من قوله ذكر محمد بن الحسن عن أبي يوسف عن إسمعيل بن مسلم المكي عن الحسن عن أبي الدرداء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من لعب بطلاق أو عتاق فهو جائز عليه ونزلت هذه الآية ولا تتخذوا آيات الله هزوا وفي ذلك فإنه يقتضي وقوعه عند الله تعالى عند الهزل به وذكر يعني محمدا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال من تكلم بطلاق أو عتاق أو نكاح فهو جائز عليه وزاد الشافعية في الصريح فك الرقبة ودفع بأنه خلاف الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم لذلك القائل أليسا سواء فك الرقبة أن تعين في عتقها وقوله تصبح حرا إضافة للعتق وتقوم حرا وتقعد يعتق في الحال ولو قال أنت حر النفس عتق في القضاء وإن قال في أفعالك وأخلاقك لا يعتق هكذا روى محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة وقال أما أنا أرى أن يعتق إذا أراد به الحرية وعن أبي يوسف يعتق بالنية قيل والظاهر قول محمد رحمه الله وبأدنى تأمل يظهر أن لا فرق بين هاتين العبارتين في المعنى فإذا كان كذلك فلا خلاف بينهما على هذا النقل وعن أحمد أنه صريح واستبعد (قوله لأنها مستعملة فيه شرعا وعرفا) على وجه يتبادر بلا قرينة مع الشهرة فيه وذلك أمارة الوضع فوافق قول الإيضاح وغيره حيث قالوا الصريح ما وضع له والوضع يغني عن النية (قوله فأغنى عن النية) يعني أنه لا يشترط النية لثبوت العتق أما نيته عدمه بأن ينوي به شيئا آخر فمعتبر فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء على ما سنذكر (قوله والوضع) أي وضع التركيب لا المفرد على ما لا يخفى ولا المركب حتى يجيء فيه الخلاف في وضع المركب بل التركيبات موضوعة وضعا نوعيا مثلا وضع نسبة الفعل الذي عين الواضع صيغته للدلالة على مضي حدثه إلى شيء ليفيد الإخبار بأنه وقع منه فيما تقدم على وقت النطق فجعله لإثبات أمر لم يكن وضع آخر له والحاصل أن الحاجة قائمة إلى إثبات هذه المعاني عند النطق ولا بد من دفعها وقد استعمل الشرع والعرف واللغة في ذلك هذه الألفاظ فكانت حقائق شرعية على وفق اللغة فيها وهذا لأن أهل اللغة أيضا يثبتون هذا المعنى أعني تحرير العبيد والإماء ببعض هذه الألفاظ فقوله فقد جعل إنشاء في التصرفات الشرعية لم يصرح بفاعل الجعل المذكور ولا شك

وقوله (وإذا قال لعبده أو أمته أنت حر) قال في المبسوط الألفاظ التي يحصل بها العتق نوعان صريح وكناية التي يحصل بها العتق صريح وكناية فالصريح لفظ العتق والحرية والولاء سواء ذكر هذه الألفاظ بصيغة الخبر أو الوصف أو النداء أما صيغة الخبر فإن يقول قد أعتقتك أو حررتك وأما صيغة الوصف فإن يقول أنت حر وأنت عتيق وأما المنادى فإن يقول يا حر يا عتيق وكذلك لو قال لعبده هذا مولاي الخ

(ولا يدين قضاء) لانه خلاف الظاهر (ولو قال له يا حر يا عتيق يعتق) لانه نداء بما هو صريح في العتق وهو لاستحضار المنادى بالوصف المذكور هذا هو حقيقته فيقتضي تحقق الوصف فيه وأنه يثبت من جهته فيقتضي بثبوته تصديقاله فيما أخبر وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى الا اذا سماه حرا ثم ناداه يا حر لان مراده الاعلام باسم علمه وهو ما لقبه به ولو ناداه بالفارسية يا آزاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتق وكذا عكسه لانه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر اخبارا عن الوصف

انه الشارع ويفيده قوله كما في البيع أيضا وحينئذ فيجب أن يكون المراد بجعل الشارع تقرير وكذا في الطلاق والعتاق وقد قدمنا في باب ايقاع الطلاق تقرير كلام الاصحاب من أن الطلاق يثبت اقتضاء تصحيحا للاخبار قبله وكلام الكافي في العتق أيضا مثله وهو يقتضي انه على خبريته لم يجعل انشاء أصلا وعلى هذا قرره المصنف في الطلاق ولفظه في البيع يخالف ذلك وانما لا تعتبر النية لانه انما تعتبر اذا كان المراد مشتبها والحق ان المعنى متبادر في خصوص المادة وهو ما اذا كان الخطاب لعبد أو بالاشارة كقوله هذا حر فانه يعتق به أيضا والوضع يعهد باعتبار خصوص مخاطب ومتكلم فلم يكن وضعا جديدا فلكن ثبوت العتق عنده بحكم الشرع به اقتضاء تصحيحا للاخبار كما مشى عليه في الكافي هنا وهو وغيره في الطلاق ثم هذا التقرير انما يجري في غير النداء أما في النداء فالتحرير فيه لا يثبت وضعا بل اقتضاء على ما سيذكره المصنف هذا ويلحق بالصريح قوله لعبده وهبت نفسك أو بعتك نفسك منك فانه يعتق وان لم ينو لان موجب هذا اللفظ ازالة ملكه الا أنه اذا أوجبه لآخر يتوقف على قبوله واذا أوجبه للعبد يكون مزيلا بطريق الاسقاط فلا يحتاج الى قبوله ولا يرتد بالرد أما اذا قال بعتك نفسك بكذا فانه يتوقف على القبول (قوله ولا يدين لانه خلاف الظاهر) بخلاف ما لو قال عنيت انه كان حرا في وقت فانه ينظر ان كان العبد من السبي دين وان كان مولدا لا يدين كذا في الغاية ﴿فروع﴾ في البدائع دعا عبده سالما فأجابه آخر فقال أنت حر ولا نية له عتق المجيب ولو قال عنيت سالما عتقا في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى انما يعتق الذي عناه ولو قال يا سالم أنت حر فاذا هو عبد آخر عتق سالم لانه لا مخاطب هنا الا سالم وفيه قال لعبده انت ح ر ولزوجته أنت ط ا ل ق ان نوى العتق والطلاق وقع لانه يفهم من هذه عند الانفراد ما يفهم عند التركيب الا أنها ليست صريحة لانها عند الانفراد لم توضع للمعنى فصارت كالكناية فتتوقف على النية ولو قال أنت حر اليوم من هذا العمل عتق قضاء لانه اذا صار حرا في شيء صار حرا في كل الاشياء (قوله وهو لاستحضار المنادى بالوصف المذكور) هذا هو حقيقته تكلم في النداء في مواضع أولها هذا وتمام عبارته فيه فيقتضي تحقيق الوصف فيه وأنه ثبت من جهته فيقتضي بثبوته تصديقاله وسنقرره من بعد أي في مسئلة يا ابني ثانيها فيما اذا لقبه حرا ثم ناداه يا آزاد أو آزاد وناداه يا حر انه يعتق فقال لانه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر اخبارا عن الوصف المذكور وهذان معا يفيدان أن عتقه باعتبار اخباره عن ثبوت الوصف الذي هو الحرية فيه فيثبت تصديقاله ولا يخفى انه لا اخبار في النداء الا ضمنا فان قوله يا حر يتضمن معنى يا من اتصف بالحرية فتثبت الحرية شرعا تصحيحا لكلامه وهذا يفيد ان ثبوتها اقتضاء تصحيحا للاخبار الضمني وهو لا يقتضي نقل الاخبار الى الانشاء واما كلامه في الموضع الثالث وهو قوله يا ابني يا أخي حيث لا يعتق فزاد فيه في ثبوت الاعتاق قيدا آخر وهو أن يكون ذلك الوصف الذي عبر به عن المنادى يمكن اثباته من جهته كالعتق وما لا يمكن فيه ذلك يجعل لمجرد اعلامه باستحضاره والبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء لانه لو خلق من ماء غيره كان ابنا له قبل النداء لا به ﴿فرع﴾ في جوامع الفقه قال لعبد غيره يا حر اسقني ثم اشتراه يعتق قيل هذا ناقض للقاعدة أجيب بأنه يمكن اثباته حال النداء بأن أعتق عبد غيره فأجاز المولى فانه يعتق (قوله لان مراده الاعلام) أي اعلام العبد باسم علمه ليحضر بندائه وهذا ظاهر اذا كان علميته

وقوله (وسنقرره من بعد) أراد به قوله في مسئلة يا ابني على ما سيجيء وقوله (الا اذا سماه حرا استثناء من قوله ولو قال له يا حر (قوله وكذا عكسه) يعني بأن ناداه بقوله يا حر وكان لقبه آزاد وقوله (فيعتبر اخبارا عن الوصف) قيل فيه نظر لانه اذا لم يكن حر علما له كان قوله يا حر انشاء للحرية لا اخبارا عن الوصف وأجيب بأنه اذا لم يكن علما كان المنادى في الحقيقة ذاتا موصوفة بصفة الحرية والوصف في الحقيقة خبر عن الموصوف وكان النداء اخبارا بأن المنادى موصوف بهذه الصفة

وقوله (وسيأتيك الاختلاف فيه) يريد الاختلاف فى تجزى الاعتاق على ماذكره وقوله وقد بيناه يعنى فى الطلاق وقوله وكذا قوله لامته قد أطلقتك) يعنى ان نوى العتق يقع لكونه بمنزلة خليت سبيلك لمناسبة الارسال تخلية السبيل بخلاف قوله طلقتك فانه لا تعتق لانه صار صريحا فى الطلاق عن النكاح فلا يثبت به العتق على ما يأتى بيانه وقوله لان السلطان عبارة عن اليد يقال انه لان سلطنة ويراد بها القدرة الثابتة من حيث اليد والاستيلاء فنفيه نفى لليد وكانه قال لا يد لى عليك ولو قال ذلك ونوى به العتق لم يعتق لجواز ان تزول اليد ويبقى الملك كما فى المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لى عليك لان السبيل المضاف الى العبد كناية عن الملك لانه طريق الى نفاذ التصرف فيه ولو نفى الملك بأن قال لا ملك لى عليك ونوى العتق عتق فان قيل زوال اليد اما ان يكون ملزوما لزوال الملك أولازماله فان كان الاول فليكن مجازا لان المجاز ذكر الملزوم وإرادة اللازم وان كان الثانى فليكن كناية لان الكناية ذكر اللازم وإرادة الملزوم فالجواب انه ليس بملزوم لزوال الملك لانفكاكه عنه كما فى المكاتب على ماذكرنا ولا بلازم له لانفكاك زوال الملك عنه (٣٦١) فان الملك يزول بالبيع قبل التسليم واليد باق الى أن يسلم

(وكذا لو قال رأسك حر أو وجهك أو رقبتك أو بدنك أو قال لامته فرجك حر) لان هذه الالفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر فى الطلاق وان أضافه الى جزء شائع يقع فى ذلك الجزء وسيأتيك الاختلاف فيه ان شاء الله تعالى وان أضافه الى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عندنا خلافا للشافعى رحمه الله والكلام فيه كالكلام فى الطلاق وقد بيناه (ولو قال لا ملك لى عليك ونوى به الحرية عتق وان لم ينو لم يعتق) لانه يحتمل انه أراد لا ملك لى عليك لانى بعتك ويحتمل لانى أعتقتك فلا يتعين أحدهما مرادا الا بالنية قال (وكذا كنايات العتق) وذلك مثل قوله خرجت من ملكى ولا سبيل لى عليك ولا رق لى عليك وقد خليت سبيلك لانه يحتمل نفى السبيل والخروج عن الملك وتخلية السبيل بالبيع أو الكتابة كما يحتمل بالعتق فلا بد من النية وكذا قوله لامته قد أطلقتك لانه بمنزلة قوله خليت سبيلك وهو المروى عن أبى يوسف رحمه الله بخلاف قوله طلقتك على ما نبين من بعد ان شاء الله تعالى (ولو قال لا سلطان لى عليك ونوى العتق لم يعتق)

له معلومة فيكون قصد غيره استحضار الذات هو الاحتمال دون الظاهر فلا يعتق الا أن يريده فيعتق حينئذ (قوله أو قال لامته فرجك حر) خص الامة لان قوله لعبده فرجك حر فيه خلاف قيل يعتق كالامة وعن محمد لا يعتق لانه لا يعبر به عنه بخلاف الامة ولو قال لها فرجك على حرام ينوى العتق لا تعتق لان حرمة الفرج مع الرق يجتمعان وفى لسانك حر يعتق لانه يقال هو لسان القوم وفى الدم روايتان ولو قال لها فرجك حر عن الجماع عتقت وفى الدبر والاست الاصح انه لا يعتق لانه لا يعبر به عن البدن وفى العنق روايتان والاولى ثبوت العتق فى ذكرك حر لانه يقال فى العرف هو ذكر من الذكور وفلان فحل ذكور وهو ذكرهم (قوله وسيأتيك الاختلاف فيه) عند أبى حنيفة يقتصر على ذلك المقدار وعندهما يعتق كله وهى مسئلة تجزى الاعتاق الآتية (قوله ولو قال لا ملك لى عليك) شروع فى الكنايات والحاصل ان ما ليس بصريح من الالفاظ منها ما يقع العتق به اذا نواه ومنها ما لا يقع به شئ وان نواه فالاول نحو لا ملك لى عليك لا سبيل لى عليك خرجت من ملكى لا رق لى عليك خليت سبيلك ولا حق لى عليك عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقوله لامته اطلقتك أو انت حر أو قال لعبده انت حرة عتق فى الجميع ان نوى

(قوله وتفسيره فى اللغة الخ) أقول أى تفسير العتاق بمعنى العتق ففيه استخدام اذا كان المراد من لفظه معنى الاعتاق كما لا يخفى (قوله ومنها زوال يد الكافر عنه كما اذا اشترى الحربى الخ) أقول لم تزل يد الحربى عنه فى هذه الصورة بل عتقه لامر آخر كما سيجىء فى كتاب السير وزوال يده عنه فيما اذا هرب من دارهم أو ظهر عليها كما يجىء أيضا (قوله وبشرطه كون المعتق حرا) أقول فيه استخدام أيضا (قوله ألا ترى أن صبيا لو أقر بالرق لزمه) أقول لعل المراد الصبى الذى كان فى يد صاحب اليد قبل أن يعبر عن نفسه والا فالصبى المعبر عن نفسه فى يد نفسه كما ستقف عليه

فى كتاب الشهادات (قوله فالجواب انه ليس بملزوم الى قوله فان الملك يزول بالبيع قبل التسليم واليد باق) الى أن يسلم أقول قال المحشى الشهير بيعقوب باشا فيه كلام فانه لم لا يجوز أن تعتبر العلاقة بين زوال اليد والاعتاق فان زوال اليد لازم للاعتاق فان قلت الاعتاق ازالة الملك عند أبى حنيفة قلت نعم لكنه ازالة مخصوصة ولو سلم فلا يتمشى الكلام على قولهما وليس فى المسئلة خلاف ممنوع بل الصواب فى الجواب أن يقال ان اللفظ المستعمل فى حق العبد انما يحمل على العتق مجازا اذا كان أصل معناه منافيا للعبدية سواء كانت المنافاة بسبب العتق أو بسبب آخر فلاحتمال العتق يحمل عليه مع النية كما فى لا سبيل لى عليك وأما اذا لم يكن منافيا كما فى لا يد لى عليك فلا لعدم الضرورة فتأمل اه وفيه بحث فان الحصر المستفاد من قوله انما يحمل على العتق الخ ممنوع لا بد له من دليل وكيف لا يمنع والعتق من محتملات كلامه وفيه تشديد عليه ثم بقى فى جواب الشارح بحث من وجه آخر بان يقال وكذا زوال السبيل ليس بلازم لزوال الملك فان الملك يزول بالبيع قبل تسليم المبيع والثمن والبائع بسبيل من حبس المبيع الى أن يسلم الثمن وجوابه أن السبيل المضاف لازم للملك ونفيه ملزوم لنفيه فليتأمل

لان السلطان عبارة عن اليد وسمى السلطان به لقيام يده وقد يبقى الملك دون اليد كما فى المكاتب بخلاف قوله لاسبيل لى عليك لان نفيه مطلقا بانتفاء الملك لان للمولى على المكاتب سبيلا فلهذا يحتمل العتق (ولو قال هذا ابنى وثبت على ذلك عتق)

ولو قال أنت لله او جعلتك لله خالصا روى عن أبى حنيفة انه لا يعتق وان نوى لان الاشياء كلها لله بحكم التخليق وعنهما انه يعتق لان الخلوص لا يتحقق الا بالعتق والثانى نحو أن يقول لعبده بنت منى ولامته بنت عنى أو حرمت على أو أنت برية أو بائن او بتة او اخرجى أو اغربى أو استترى أو تقنعى أو اذهبى أو اختارى فاختارت نفسها لانه يثبت العتق بها وان نواه وكذا اطلقتك وكذا سائر صرائح الطلاق وكناياته لما سنذكر وكذا اذا قال أذهب أو توجه حيث شئت من بلاد الله لا يعتق وان نوى وفى المغنى اذهب حيث شئت كناية ولو قال أنت مثل الحر لا يعتق لان التشبيه للمشاركة فى بعض المعانى وقد تحقق ذلك وقال بعض المشايخ يعتق اذا نوى كقوله لامرأته انت مثل امرأة فلان وفلان قد آلى من امرأته يصير به موليا ان نوى الايلاء (قوله لان السلطان عبارة عن اليد) قيل فيه تسامح بل هو عبارة عن صاحب اليد والسلطنة اليد لكن كلام المصنف يفيد انه التحقق لا التساهل والتجوز فانه قال وسمى السلطان به لقيام يده فانه يقتضى أن المعنى الحقيقى الاصلى للسلطان هو اليد وتسمية غيره به لاتصافه باليد كما سمى رجلا بالفضل لاتصافه به ثم قيل هو مشترك بين الحجة لقول ابن عباس كل سلطان فى القرآن هو الحجة واليد فاذا قال لا سلطان لى عليك فانما نفى الحجة واليد ونفى كل منهما لا يستدعى نفى الملك كالمكاتب بخلاف نفى السبيل لانه نفى الطريق والطريق المسلوك لا يراد حقيقة هنا فجعل كناية عن الملك لان الطريق ما يتوصل به الى غيره والملك فى العبد يتوصل به شرعا الى انفاذ التصرفات فاذا صح جعله كناية عنه عتق اذا أراده بخلاف السلطان فانه اليد فنفيه نفى اليد وهو غير مستلزم نفى الملك كما فى المكاتب فلو جعل كناية عن العتق وفيه ازالة اليد والملك لثبت باللفظ أكثر مما وضع له وانه لا يجوز وكذا لا حجة لى عليك واعلم ان بعض المشايخ مال انه يعتق بالنية فى لا سلطان لى عليك وبه قال الائمة الثلاثة وقال بعض المشايخ انه ليس ببعيد وعن الكرخى رحمه الله فى عمرى ولم يتضح لى الفرق بين نفى السلطان والسبيل ومثل هذا الامام لا يقع له مثل هذا الا والمحل مشكل وهو به جدير أما أولا فان اليد المفسر بها السلطان ليس مرادها الجارحة المحسوسة بل القدرة فاذا قيل له سلطان أى يد يعنى الاستيلاء وقد صرح فى الكافى بان السلطان يراد به الاستيلاء واذا كان كذلك كان نفيه نفى الاستيلاء حقيقة أو مجازا فصح أن يراد منه ما يراد بنفى السبيل بل أولى بادنى تأمل وأما ثانيا فالمانع الذى عينه من أن يراد به العتق وهو لزوم أن يثبت باللفظ أكثر مما وضع له غير مانع اذ غاية الامر أن يكون المعنى المجازى أوسع من الحقيقى ولا بدع فى ذلك بل هو ثابت فى المجازات العامة فان المعنى الحقيقى فيها يصير فردا من المعنى المجازى كذا هذا يصير زوال اليد من أفراد المجازى أعنى العتق أو زوال الملك فالذى يقتضيه النظر كون نفى السلطان من الكنايات (قوله وثبت على ذلك) قيل هذا قيد اتفاقى لا معتبر ولذا لم يذكره فى المبسوط وذكر فى الينابيع الثبات ليس بلازم وفى النهاية رأيت بخط شيخى وفى شرح القدورى لابى الفضل أراد بقوله وثبت على ذلك انه لم يدع به الكرامة والشفقة حتى لو ادعى ذلك يصدق وفى أصول فخر الاسلام الثبات على ذلك شرط لثبوت النسب لا العتق ويوافقه ما فى المحيط وجامع شمس الائمة والمجتبى هذا ليس بقيد حتى لو قال بعد ذلك أوهمت أو أخطأت يعتق ولا يصدق ولو قال لاجنبية يولد مثلها لمثله هذه بنتى ثم تزوجها بعد ذلك جاز أصر على ذلك أم لا قالوا هذا فى معروفة النسب أما مجهولة النسب ان دام على ذلك ثم تزوجها لم يجز والاجاز قال فى المجتبى عرف بهذا ان الثبات شرط الفرقة وامتناع جواز النكاح لا العتق وانما شرط الثبات لثبوت النسب لا العتق لان ثبوت النسب

وقوله (لان للمولى على المكاتب سبيلا) يعنى من حيث المطالبة بدل الكتابة حتى اذا انتفى ذلك بالبراءة عنه يعتق قال (ولو قال هذا ابنى) ومن قال لعبده الذى يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف هذا ابنى (وثبت على ذلك) ثبت النسب فيعتق عليه

قال المصنف (لان للمولى على المكاتب سبيلا الخ) أقول مناقض لقوله لانه يحتمل نفى السبيل بالبيع والكتابة

ومعـنى المسئلة اذا كان يولد مثـله لمثـله فان كان لا يولد مثله لمثله ذكره بعد هذا ثم ان لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لان ولاية الدعوة بالملك ثابتـة والعبد محتاج الى النسب فيثبت نسـبه منـه واذا ثبت عتق لانه يستنـد النسب الى وقت العـلوق وان كان له نسب معـروف لا يثبت نسـبه منـه للتعـذر و يعتق اعمـالا للفظ فى مجازه عند تعذر اعمـاله بحقيقته ووجه المجاز نذكره من بعد ان شاء الله تعـالى (ولو قال هـذا مولاى أو يا مولاى عتق) أما الاول فلأن اسم المولى وان كان ينتظم الناصر وابن العم والموالاة فى الدين والأعلى والأسـفل فى العتاقة الا انه تعـين الاسـفل فصار كاسم خاص له وهـذا لان المولى لا يسـتنصر بمملوكه عادة وللعبـد نسب معروف فانتـفى الاول والثانى والثالث نوع مجاز والكلام للحقيقـة والاضافة الى العبد تنافى كونه معتقا فتعين المولى الاسفل فالتحق بالصريح وكذا اذا قال لامتـه هـذه مولاتى لما بينا ولو قال عنيت به المولى فى الدين أو الكذب يصـدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق فى القضـاء لمخالفته الظاهر واما الثانى فلانه لما تعين الاسفل مرادا التحق بالصريح و بالنـداء باللفظ الصريح يعتق بأن قال ياحر يا عتيق فكذا النداء بهـذا اللفظ

يصح الرجوع عن الاقرار به دون العتق على ما سمعت من التزوج بمن أقر ببنتيتها وفى مختصر الكرخى اذا أقر فى مرضه بأخ من أبيه وأمه وابن ابن أو بعم وصـدقه المقر له ثم أنكره المريض وقال ليس بينى و بينه قرابة ثم أوصى بماله لرجـل ولا وارث له فان المال كله للموصى له ولا شئ للمقر له لان المريض جحـد ما أقر به من ذلك ولم يكن اقراره لازما ثم اذا قال هـذا ابنى هل تصير أمه أم ولد له اذا كانت فى ملكه قيـل لا سواء كان الولد مجهول النسب أو معروف النسب وقيـل تصير أم ولد فى الوجهين وقيل ان كان معروف النسب حتى لم يثبت نسبه منه لا تصـير أم ولد له وان كان مجهوله حتى ثبت نسبه منـه صارت أم ولد له وهذا أعدل (قوله اذا كان يولد مثله لمثله) يعنى اذا كان مثـله فى السن يجوز شرعا أن يكون ابنا لمثل المدعى فى السن هذا هو المراد وحاصله اذا كان سنه يحتمل كونه ابنه لا المشاكلة حتى لو كان المدعى أبيض ناصعا والمقول له اسـود حالك أو بالقلب وسـنه يحتمل كونه ابنه ثبت النسب (قوله وان كان ينتظم الناصر) قال تعالى ذلك بان الله مولى الذين آمنوا وان الكافرين لا مولى لهـم وابن العم كما ذكر فى قوله تعالى حكاية عن زكريا وانى خفت الموالى من ورائى (قوله فتعين الاسـفل فالتحـق بالصريح) أورد عليه شارح انه مشترك استعمل فى معان فلا يكون مكشوف المراد فلا يكون صريحا فلا بد من النية وقولهـم المولى لا يستنصر بمملوكه عادة ممنوع بل تحصـل له النصرة بهـم على انا نقول الصريح يفوق الدلالة والمتكلم ينادى أنا عنيت الناصر بلفظ المولى وله دلالة عليه حقيقة وهم يقولون دلالة الحال من كلامك تدل على أن المراد الاسفل ولا تعتبر ارادة الناصر ونحوه وهذا فى غاية المكابرة اه والجواب ان قوله استعمل فى معان فلا يكون مكشوف المراد ان أراد دائما منعناه لجواز أن ينكشف المراد من المشترك فى بعض الموارد الاستعمـاليـة لاقترانه بما ينفى غيره اقترانا ظاهرا كما هو فيما نحن فيـه ومنعـه ان المولى لا يستنصر بعبده لا يلائم ما أسـنده به من قوله تحصـل النصرة بهم لان المراد انه اذا حزبه أمر لا يستدعى للنصر عبده بل بنى عمه وان كان العبيد والخدم ينصرونه لكنه يأنف من دعائهم عادة وندائهم لذلك فأين دعاؤه اياهم لذلك من كونهم ينصرونه وأما قوله الصريح يفوق الدلالة فكأنه أراد الكناية فطغا قلمه فنقول هـذا الصريح وهو قوله أردت الناصر بلفظ المولى انما قاله بعـد قوله عما هو ملحـق بالصريح فى ارادته العتيق فأثبت حكمه ذلك ظاهرا وهذا الصريح بعده رجوع عنه فلا يقبله القاضى والكلام فيـه ونحن نقول فيما بينـه و بـين الله سبحانه وتعالى لو أراد الناصر لم يعتق فأين المكابرة واعـلم ان فى المسئلة خـلافا ذهب بعض المشايخ انه لا يعتق فى هـذا مولاى الا بالنيـة وانه بين الصريح والكناية

ومعنى قوله ثبت على ذلك لم يدع به الكرامة والشـفقة كذا فى شرح القدورى لابى الفضـل حتى لو ادعى ذلك صدق وقيل الثبات شرط النسب لكون الرجوع عنه صحيحا دون العتق وقيـل هو شرط اتفاقى وقوله (لان ولاية الدعوة بالملك ثابتـة والعبد محتاج الى النسب) لانا ليس له نسب معروف فيثبت نسـبه (واذا ثبت عتق لاستناد النسب الى وقت العـلوق وان كان له نسب معروف تعذر ثبوت النسب لكنه يعتق إعمالا للفظ فى مجازه عنـد تعـذر الحقيقة) وسـيجىء بيان تجوز المجاز (ولو قال هذا مولاى) ظاهر وقيل ماذكر المصنف من معنى المولى هو المشهور فاقتصر عليه وهو يستعمل فى ثلاثة وعشرين معـنى ذكره ابن الاثير أما مجيئه بمعنى الناصر فكما فى قـوله تعـالى ذلك بأن الله مـولى الذين آمنوا وأن الكافـرين لا مولى لهـم وأما بمعـنى ابن العم فكما فى قـوله تعـالى وانى خفت المـوالى من ورائى وقوله (والثالث نوع مجاز) يعنى الموالاة فى الدين لان المولى مشتق من الولى وهو القرب ولا قرب بين المشرقى والمغربى من حيث الحقيقة ولا من حيث النسب ولا من حيث المكان فيعتبر القرب من حيث الدين ولهذا جاز نفيه كذا فى بعض الشروح ومصححه الفرض والتقدير وقوله (فالتحق بالصريح) يعنى بدلالة الحال فى المحل وهو كونه عبدا

(قوله كذا فى بعض الشروح) أقول يعنى شرح تاج الشريعة

وقال زفر رحمه الله لا يعتق في الثاني لانه يقصد به الاكرام بمنزلة قوله ياسيدي يامالكي قلنا الكلام لحقيقته وقد أمكن العمل به بخلاف ماذكره لانه ليس فيه مايختص بالعتق فكان اكراما محضا (ولو قال يا ابني أو يا أخي لم يعتق) لان النداء لاعلام المنادى الا انه اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهته كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص كما في قوله ياحر على مابيناه واذا كان النداء بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان للاعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء من جهته لانه لو تخلق من ماء غيره لا يكون ابناله بهذا النداء فكان لمجرد الاعلام وروى عن أبي حنيفة رحمه الله شاذا أنه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر ولو قال يا ابن لا يعتق لان الامر كما أخبر فانه ابن أبيه وكذا اذا قال يا بني أو يا بنية لانه تصغير للابن والبنت من غير اضافة والامر كما أخبر (وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند أبي حنيفة رحمه الله) وقالا لا يعتق وهو قول الشافعي

(قوله وقال زفر لا يعتق في الثاني) وهو يامولاي الا بالنية وبقوله قال الشافعي ومالك وأحمد لانه يراد به الاكرام بمنزلة قوله ياسيدي يامالكي أفاد انهما من الكنايات بالاتفاق فاذا قال لعبده ذلك ناويا بالعتق عتق وهكذا في ياسيد وقد قيل انه يعتق بهما وان لم ينو وقيل اذا لم ينو عتق في ياسيدي لا في ياسيد والمختار انه لا يعتق فيهما الا بالنية (قوله بخلاف ماذكر) وهو ياسيدي يامالكي لانه ليس فيه مايختص بالعتق في الحال ولا بعد العتق لانه لا يصير سيدا بالعتق لسيده والوجه ان حقيقته متعذرة لفرض ان المتكلم حر غير عبد فتعين المجاز ولم يلزم خصوص المجازي الذي هو العتق لجواز أن يريد مجازا آخر هو الاكرام فلا يتعين لاحدهما الا بالنية فقلنا اذا نوى بياسيدي العتق عتق أما اذا لم تكن له نية صير الى الاخف الذي هو الاكرام لان زوال الملك لا يثبت مع الاحتمال بلا نية بخلاف يامولاي لانه بحقيقته في الاسفل يثبت العتق بعد انتفاء الحقائق الاخر بالنافي (قوله ولو قال يا ابني أو يا أخي لم يعتق) لان النداء لاعلام المنادى بمطلوبية حضوره فان كان بوصف يمكن اثباته من جهته تضمن تحقيق ذلك الوصف تصديقا له كما سلف وان لم يمكن تجرد للاعلام والبنوة لا يمكن اثباتها من جهة العتق الا تابعا لو تخلق من ماء غيره ولا تثبت لثبوت النسب وعلى هذا فينبغي أن يكون محل المسئلة ما اذا كان العبد معروف النسب والا فهو مشكل اذ يجب أن يثبت النسب تصديقا له فيعتق وفي نوادر ابن رستم عن محمد رحمه الله لو قال لعبده ياعمي ياخالي أو ياأبي ياجدي أو ياابني أو لجاريته ياعمتي ياخالتي أو ياأختي أو لعبده ياأخي لا يعتق في جميع ذلك ووجهه على وجه يدفع واعلم انه اذا كان المقصود من النداء استحضار الذات الا انه اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهة المنادى بذلك اللفظ جعل مثبتاله مع النداء والا فلا ولا شك ان الابنية لا يمكن اثباتها بذلك اللفظ سواء خلق من مائه أو من ماء غيره فقول المصنف لانه لو خلق من ماء غيره الى آخره لا فائدة فيه للقطع بانه اذا خلق من مائه لا تثبت الابنية الا بذلك التخليق من ذلك الماء لا باللفظ وهذا على ان ثبوته لا بطريق الاقتضاء وذلك لان ما يثبت لتصحيحه يجب كونه خبرا صريحا بخلاف ما تضمنه النداء بالوصف وعلى هذا فقدمنا تقريره في ياحر مساهلة لعدم اختلاف الجواب فان الثابت الحرية فان قرر ثبوتها اقتضاء الخبر الضمني أو اثباتا منه بلفظ النداء بالوصف يحصل المقصود وأما الرواية عن أبي حنيفة التي ذكرها المصنف شاذة فليس وجهها الا لزوم الثبوت اقتضاء للخبر الضمني بتحقق وصف الابنية غير انه يستلزم ثبوت النسب اذا كان العبد مجهول النسب ومثله يولد له وعدم العتق اذا كان معلوم النسب (قوله لهم ان هذا كلام محال) أي معناه الحقيقي محال فيرد فيلغو نفسه واذا الغوالم يوجب حكما أصلا لا باعتبار الحقيقة وهو ثبوت النسب ولا باعتبار المجاز وهو

وقوله (واما الثاني) يعني به قوله يامولاي وقوله (بخلاف ماذكر) يعني قوله ياسيدي يامالكي لانه ليس فيه مايختص بالعتق معناه ان معنى قوله يامولاي يامن لي عليه ولاء العتاقة حيث تعين الاسفل مرادا فيثبت بهذا القول مايختص بالعتق وهو الولاء وهو يقتضي سابقة العتق بخلاف قوله ياسيدي يامالكي فان معناه يامن له السيادة والملك علي ولم يثبت به شئ يختص بالعتق فيحمل على المجاز وهو الاكرام والتلطف وقوله (ولو قال يا ابني أو يا أخي لم يعتق) فرق بينهما وبين قوله ياحر في وقوع العتق به دونهما لان النداء اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهته كان النداء لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص كما هو في قوله ياحر لانه قادر على اثبات صفة الحرية فيه من جهته في الحال (على مابينا) يعني في قوله لانه نداء بما هو صريح وهو لاستحضار المنادى الخ واذا كان بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان للاعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء من جهته لانه لو تخلق من ماء غيره لا يكون ابناله بهذا النداء فكان لمجرد الاعلام هذا ظاهر الرواية (وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يعتق فيهما) أي في قوله يا ابني يا أخي والحاصل أن العتق يقع بالنداء بثلاثة ألفاظ في ظاهر الرواية ياحر يا عتيق يامولاي وفي رواية الحسن بخمسة ألفاظ بالثلاثة المذكورة وبقوله يا ابني ويا أخي والاعتماد على الظاهر وقوله (ولو قال يا ابن) ظاهر قال (وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله) اذا قال لعبده وهو أكبر سنا منه (هذا ابني عتق عند أبي حنيفة وقالا لا يعتق) وهو قول أبي حنيفة أولا (وهو قول الشافعي) ثبوت

وأصل هذه المسئلة ان المجاز خلف عن الحقيقة فى الحكم عندهما وفى التكلم عند أبى حنيفة على ماعرف فى الاصول وقد قررناه فى التقرير فقالا الحكم ههنا محال فلا يتصور المجاز بخلاف الاصغر سنا فان الحقيقة فيه متصورة لامكان أن يكون العلوق منه واشتهر نسبه من غيره فصار كالو قال اعتقتك قبل أن أخلق أو تخلق وقال أبو حنيفة تصور حكم الحقيقة ليس بشرط فانه لو قال لحرة اشتريتك بكذا كان نكاحا صحيحا والحرة ليست بمحل للبيع بل الشرط صحة التكلم وقوله هذا ابنى كلام صحيح فى محله من مبتدا وخبر وهو ملزوم لقوله هذا حر من حين ملكت لان البنوة اذا ثبتت فى المملوك كان حرا من حين العلوق وذكر الملزوم وارادة اللازم هو المجاز فصار كأنه قال هذا حر من حين ملكته وذلك يوجب العتق لا محالة فيحمل على ذلك تصحيحا للكلامه بخلاف ما استشهد به على بناء المفعول لانه لا وجه للمجاز اذ ليس قوله أعتقتك قبل أن أخلق ملزوما لقوله أنت حر من حين ملكت لان الاول يقتضى عدم ورود الملك عليه والثانى يقتضى وروده البتة والشئ لا يكون ملزوما لما ينافيه والا لزم انفكاك الملزوم عن اللازم وهو محال وقوله (وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره قطعت يدك فأخرجهما صحيحتين) جواب عما يقال لو كان صحة ذكر الملزوم وارادة اللازم مجوزة للمجاز وان لم يكن الحكم متصورا لوجب عليه الارش فى الصورة المذكورة لان القطع خطأ سبب لوجوب المال فيكون قوله قطعت يدك مجازا عن قوله لك على خمسة آلاف درهم واللازم باطل فالملزوم مثله وتقرير جوابه أن القطع خطأ ليس بسبب لمال مطلق بل لما يخالف المال المطلق فى الوصف وهو الارش (حتى وجب على العاقلة فى سنتين) بلفظ التثنية كذا فى النهاية وذلك المال الذى هو مسبب عن القطع لا يمكن اثباته بدون القطع فما هو مسبب لا يمكن اثباته وما يمكن اثباته ليس بمسبب وحاصله ان هذه الصورة مما تعذر فيه الحقيقة والمجاز فيلغو أما الحقيقة فظاهرة وأما المجاز فلان قطع اليد خطأ ملزوم للارش الذى هو ملزوم للقطع واللازم وهو القطع منتف فالملزوم وهو الارش كذلك وقوله (أما الحرية لا تختلف) معناه الحرية التى جعلنا قوله هذا ابنى وهى الحرية من حين ملك مجازا عنها لا تختلف ذاتا وهو زوال الرق ولا حكما وهو صلاحيته للقضاء والشهادة والولايات كلها (فأمكن جعله) أى جعل قوله هذا ابنى (مجازا عنه) أى عن الحرية على تأويل العتق أو المذكور

رحمه الله لهم انه كلام محال الحقيقة فيرد فيلغو كقوله أعتقتك قبل أن أخلق أو قبل أن تخلق ولابى حنيفة رحمه الله أنه كلام محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لانه اخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لان البنوة فى المملوك سبب لحريته إما اجماعا أو صلة للقرابة واطلاق السبب وارادة المسبب مستجاز فى اللغة تجوزا ولان الحرية ملازمة للبنوة فى المملوك والمشابهة فى وصف ملازم من طرق المجاز على ماعرف فيحمل عليه تحرزا عن الالغاء بخلاف ما استشهد به لانه لا وجه له فى المجاز فتعين الالغاء وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره قطعت يدك فأخرجهما صحيحتين حيث لم يجعل مجازا عن الاقرار بالمال والتزامه وان كان القطع سببا لوجوب المال لان القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص وهو الارش وانه يخالف مطلق المال فى الوصف حتى وجب على العاقلة فى سنتين ولا يمكن اثباته بدون القطع وما أمكن اثباته فالقطع ليس بسبب له أما الحرية فلا تختلف ذاتا وحكما فأمكن جعله مجازا عنه

ثبوت العتق كما انه لما الغا قوله أعتقتك قبل أن أخلق لم يثبت به العتق وهذا بناء على ان شرط صحة المجاز عندهما تصور حكم الاصل فان المجازى ليس محلا وعنده لا بل الشرط صحة التركيب لغة بان يكون مثلا مبتدأ وخبرا ومن سعد بانتهاض وجهه فى المبنى سعد بهذا الفرع ونحوه وبه يعرف ان استدلال المصنف كله فى غير محل النزاع لانهم لا ينكرون ان البنوة سبب العتق وانه طريق المجاز بل يشترطان بعد ذلك شرطا آخر وهو تصور حكم الاصل أى الحقيقى فتحرير محل النزاع أن تقول اتفقوا على ان المجاز خلف عن الحقيقة لوجود معنى الخلف به والاصل أن لا يصار الى المجاز الا عند تعذر معنى الحقيقة أو تعيين المجاز بدليل آخر واختلفوا فى جهة الخلفية فعندهما الخلفية بينهما فى الحكم يعنى ان الحكم الذى يثبته المجاز كثبوت الحرية بلفظ هذا ابنى خلف عن الحكم الذى يثبته نفس هذا اللفظ اذا كان حقيقة وهو ثبوت النسب وعند أبى حنيفة فى التكلم يعنى نفس الكلام فيكون لفظ هذا ابنى مستعملا فى الحرية خلفا عن هذا ابنى مستعملا فى ثبوت البنوة وقيل بل خلف عن لفظ هذا حر وهو الاصل والاول أوجه وان كان معنى الآخر صحيحا لانهم لم يحكوا خلافا سوى فى جهة الخلفية وعلى ماقيل يكون فيها وفى الاصل أيضا انه نفس اللفظ الذى هو المجاز فى الاستعمال الحقيقى أو اللفظ الذى يؤدى ذلك المعنى المجازى بطريق الحقيقة وقال فخر الاسلام فى تحرير قول أبى حنيفة يشترط صحة الاصل من حيث انه مبتدأ وخبر موضوع للايجاب بصيغته فاذا وجد وتعذر العمل بحقيقته الى آخر ماذكره ولا شك ان صحة الاصل من تلك الجهة مع تعذر معناه الحقيقى انما

قال المصنف (لهم انه كلام محال فيرد فيلغو) أقول يرد عليه هذا أسد الا أن يقولوا فرق بين افادة الحكم الشرعى وغيره والكلام المحال لا يفيد الاول فليتأمل قال المصنف (والمشابهة فى وصف ملازم من طرق المجاز) أقول نعم الا ان اعتباره مشكل هنا فانه فى الاستعارة الا أن يجعل مثل زيد أسد مجازا وجوابه فى التلويح

ولو قال هذا أبي أو أمي ومثله لا يولد لمثلهما فهو على الخلاف لما بينا ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة وهو الاب وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر أن يجعل مجازا عن الموجب بخلاف الابوة والبنوة لان لهما موجبا في الملك من غير واسطة

هو في هذا ابني للا كبر منه أما في هذا حر فصحيح لفظه ولم يتعذر معناه الحقيقي واستدل لهما مرة بأنه لابد في المجاز من انتقال الذهن من الموضوع له الى المتجوز فيه لتوقف اللازم على الملزوم فلابد من امكانه والا استحال لان الموقوف على المحال محال ومرة بالقياس على مسئلة الحلف على مس السماء وشرب ما في هذا الكوز ولا ماء فيه حيث يحنث عقيب اليمين في الاولى وتجب الكفارة فيه دون الثانية فوجوب الكفارة خلف عن البر ولما أمكن البر في الاولى لتصور مس السماء انعقدت في حق الخلف ومالم يتصور في الثانية لم تنعقد فرأينا الخلف يعتمد قيامه امكان الاصل وتارة بأن الحكم هو المقصود باللفظ فاعتبار الخلفية بين اللفظين من جهة ما هو المقصود أولى من غيره وأجيب عن الاول بأن توقفه على فهم الموضوع له على انه غير مراد لينتقل عنه الى اللازم المراد وفهمه لا يستلزم امكان تحققه في الخارج وتجيب عن الثاني ان تلك الخلفية بين حكمين شرعيين ومعنى خلفية حكم شرعي لآخر هو كونه انما يتعلق شرعا بتقدير تعذر امتثال الاول وهذا فرع تعلق الاول وتعلق الخطاب دائر مع الامكان الذاتي كالكفارة في الحلف على المس والتيمم للوضوء فلا يتصور شرعا خلف استحال أصله لانه لا تعلق اذ ذاك ولم تجب في مسئلة الكوز لعدم تعلق وجوب البر وحينئذ ظهر انه لا ملازمة بين لزوم امكان محل حكم شرعي لتعلق الحكم بخلفه ولزوم امكان معنى وضع له لفظ لصحة استعمال ذلك اللفظ مجازا وظهر بما ذكرنا ان حكم اليمين الاصلي هو وجوب البر لا البر نفسه والجواب عن الثالث ان هذا تصرف باللفظ بأن يستعمل مرة فيما وضع له وأخرى فيما لم يوضع ولم يعلم من جهة أهل اللسان انهم اشترطوا الذلك سوى وجود مشترك يجوز التجوز وهو لا يحتاج شيأ سوى الى ادراك الحقيقي ثم الحاجة الى ادراكه ليس لنفسه بل لتستعلم العلاقة فانه مالم يتصور لم تعلم العلاقة فكانت الحاجة الى مجرد فهمه أيضا غير مقصود بالذات فاشتراط امكان وجود المعنى الحقيقي في الخارج لم يدل عليه دليل بل اللغة تنفيه فانه يستلزم ان لا يجوز زيد أسد فانه وزان هذا ابني للا كبر منه فان معنى المركب الحقيقي مستحيل لاستحالة كون الانسان أسدا والاتفاق على جوازه بل وعلى بلاغته وما فرق به من ان هذا استعار بجملته بخلاف هذا أسد لان المجاز في نسبته دون الالفاظ ممنوع واذا ثبت انتفاء هذا الشرط فاذا تكلم بكلام وتعذر الحقيقي له وللكلام طريق يتجوز به فيه تعين نوى أو لم ينو اذ لا مزاحم كي لا يلغى كلام العاقل وما نحن فيه كذلك فانه يكون مجازا في معنى عتق على من حين ملكته استعمالا للاسم الملزوم في لازمه ثم ان كان هذا داخلا في الوجود عتق ديانة وقضاء والا فقضاء ولا تصير أمه بذلك أم ولده بخلاف أعتقتك قبل أن أخلق أو تخلق لانه لا طريق فيه الى المجاز فلغا ضرورة وقوله وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره الخ جواب عن مقيس آخر لهما وهو اذا كان قال لآخر قطعت يدك خطأ فأخرجهما صحيحتين فانه يلغو هذا الكلام بالاتفاق ولم يجعل مجازا عن الاقرار بالمال لعدم امكان معناه الحقيقي فأجاب بأن لغوه ليس لتعذر الحقيقي بل لتعذر كل منه ومن المجازي لان المال الذي انقطع سببه مال مخصوص وهو الارش الواجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن اثباته الا عن حقيقة القطع فلا يمكن جعل اللفظ تجوزا بالسبب عن المسبب والذي يمكن اثباته وهو مطلق المال ليس القطع سببا له فامتنع إيجاب المال به مطلقا فلغا ضرورة بخلاف ما نحن فيه لان الحرية لا تختلف ذاتها حاصلة عن لفظ حر أو لفظ ابني فأمكن المجازي حين تعذر الحقيقي فوجب صونه عن اللغو وقوله (ولو قال هذا أبي الخ) جواب عما قيل انه يلغو فقال بل هو على الخلاف أيضا فعند أبي حنيفة

(ولو قال هذا أبي أو أمي ومثله لا يولد لمثلهما فهو على الخلاف) وهو الاظهر وقوله (لما بينا) يعني من الوجه في الجانبين في قوله هذا ابني (ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف) والوجه ما تقدم (وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في الملك) من بنوة أو حرية (الا بواسطة وهو الاب وهي غير ثابتة) في كلامه (فتعذر أن يجعل مجازا عن الموجب) وهذا يشير الى أن الواسطة لو كانت مذكورة مثل أن يقول هذا جدي أبو أبي عتق وقد ذكره بعض الشارحين (بخلاف الابوة والبنوة لان لهما موجبا في الملك بلا واسطة

ولوقال هذا أخي لايعتق في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يعتق ووجه الروايتين مابيناه ولوقال لعبده هذا ابنتي فقد قيل على الخلاف وقيل هو بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى فتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم فلا يعتبر وقد حققناه في النكاح

يعتق وأما لوقال لعبده الصغير هذا جدي فأجاب عنه أولا بأنه على الخلاف وقيل هو الاصح لانه وصفه بصفة من يعتق بملكه وثانيا بالفرق وأنه لايعتق اتفاقا وهو ان هذا الكلام لاموجب له في الملك الابواسطة الاب ولاوجود له في اللفظ (قوله ولوقال هذا أخي) أي لعبده (لايعتق في ظاهر الرواية) وعن أبي حنيفة يعتق وهي رواية الحسن وجه الروايتين مابيناه حوالة وجه رواية الحسن على قوله ان البنوة سبب الحرية في المملوك ويعرف منه وجه هذه وهو أن الاخوة سبب لعتق المملوك وحوالة الظاهر على قوله في هذا جدي وقيل لايعتق بالاجماع لان هذا الكلام لاموجب له في الملك الى آخر ماذكر ونظيره هنا ان هذا الكلام لاموجب له في الملك الابواسطة الاب أو الام ولاذكر لمابه يفيد الحكم في التركيب فلا يفيد حكما ولان الاخوة تقال لما بالنسب والرضاع والدين فلا يتعين النسب الابدليل حتى لوقال من أبي أومن أمي أومن النسب عتق اذاعرف هذا فلا شك في صحة الاصل المذكور لكن تخريج الفرع عليه قد يرد عليه منع التعيين لثبوت استعماله كثيرا في معنى الشفقة فيجب المصير اليه فلا يتعين واحد من المعنيين المجازيين أو يتعين هذا لانه أيسر كما قررناه في ياسيدي يامالكي لما تعذر الحقيقي لم يعتق عليه في القضاء الابالنية فان أجيب بأن اعتبار الفائدة الشرعية أولى وهي المتعينة هنا ورد عليهم هذا أخي فانه لايعتق به ودفعه بأنه مشترك بين المشارك في النسب والدين والقبيلة وحكم المشترك التوقف الى القرينة حتى لوقال من أبي ونحوه عتق وبأن العتق بعلة الولاد ولاذكر له في اللفظ ليكون مجازا عن لازمه فامتنع لعدم طريقه يرد عليه منع الاشتراك بل هو حقيقة في النسب مجاز في الباقيات ولودار بينهما كان المجاز أولى وأن علة عتق القريب عندنا القرابة المحرمة لاخصوص الولاد ولذا يعتق في هذا خالي وعمي بلاخلاف بين أصحابنا ذكره في البدائع وفرق بينه وبين هذا أخي بأنه يحتمل الاكرام والنسب بخلاف العم فانه لايستعمل للاكرام عادة وهذا يقوي ماأوردناه في هذا ابني فلا يخاص الابترجيح رواية العتق في هذا أخي وهي مانقلها المصنف (قوله ولوقال لعبده هذا ابنتي) وكذا اذاقال لامته هذا ابني لايعتق وان كان يولد مثله لمثله لان الاول مجاز عن عتق في المذكر لانه لجهة البنتية حقيقة والثاني عنه في الانثى فانتفى حقيقته لانتفاء محل ينزل فيه ولايتجوز بلفظ الابن في البنت وقلبه اتفاقا فالعدم لازم مشهور وغيره ولئلا يلزم تعميم اللفظ في معنيين مجازيين أحدهما من حيث هو والآخر من حيث هو مضاف وقدذكرنا فيما كتبناه على البديع ان الاتفاق على منعه اللهم الاأن يعتبر المجاز عقليا في نفس اضافة البنت وكل من لفظ الاشارة والبنت والياء حقيقة فالتجوز في نسبة المراد بالاشارة بالبنتية الى مسمى الياء عن نسبته اليه بالعتق فيتعين الاول وماذكره المصنف بيان تعذر عتقه بطريق آخر وهو انه اذا اجتمعت الاشارة والتسمية والمسمى من جنس المشار تعلق بالمشار وان كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى وبين هذا الاصل في باب المهر وهو الذي أراده بقوله حققناه في النكاح والمشار اليه هنا مع المسمى جنسان لان الذكر والانثى في الانسان جنسان لاختلاف المقاصد فيلزم أن يتعلق الحكم بالمسمى أعني مسمى بنت وهو معدوم هنا لان الثابت ذكر

ولوقال هذا أخي لايعتق في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة انه يعتق ووجه الروايتين مابينا) اماوجه رواية العتق فما ذكره بقوله وهذا لان البنوة في المملوك سبب الحرية الخ فكذلك ههنا الاخوة في الملك توجب العتق واما وجه رواية عدم العتق فلقوله في مسئلة الجد لان هذا الكلام لاموجب له في الملك الابواسطة وكذلك ههنا الاخوة لاتكون الابواسطة الاب أوالام لانها عبارة عن مجاورة في صلب أورحم وهذه الواسطة غير مذكورة ولاموجب لهذه الكلمة بدون هذه الواسطة قال في المبسوط ان اختلاف الروايتين في الاخ انما كان اذاذكره مطلقا بأن قال هذا أخي فأما اذاذكره مقيدا وقال هذا أخي لابي أولامي فيعتق من غير تردد لما أن مطلق الاخوة مشترك قد يرادبها الاخوة في الدين قال الله تعالى انما المؤمنون اخوة وقد يرادبها الاتحاد في القبيلة قال الله تعالى والى عاد أخاهم هودا وقد يرادبها الاخوة في النسب والمشترك لايكون حجة فان قيل البنوة أيضا تختلف بين نسب ورضاع فكيف يثبت العتق باطلاق قوله هذا ابني أجيب بأن البنوة من الرضاع مجاز والمجاز لايعارض الحقيقة (ولوقال لعبده هذا ابنتي فقد قيل هو على الخلاف وقيل هو) أي عدم العتق (بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى) لان الذكور والاناث من بني آدم جنسان مختلفان واذالم يكن المشار اليه من جنس المسمى يتعلق الحكم بالمسمى لما تقدم في كتاب النكاح والمسمى ههنا معدوم فلا يكون معتبرا حقيقة ولامجازا عن الابن لعدم الملازمة بينهما

(قوله أجيب بان البنوة الخ) أقول فيه ان الاخوة حقيقة في المجاورة في صلب أورحم على ماصرحوا مجاز في غيرها

قوله (وان قال لامته أنت طالق أو بائن) ظاهر الى قوله وعمل اللفظين وهو جواب عما يقال الاعتاق اثبات القوة ولهذا تثبت به الاحكام مثل الاهلية والولاية والشهادة فأنى يشبه الطلاق الذى هو اسقاط محض وتقرير الجواب الاعتاق أيضا اسقاط بدليل صحة التعليق فيهما وأما الاحكام فليست بواردة لانها ثابتة بسبب سابق وهو كونه آدميا مكلفا غير ان الاعتاق ازالة المانع فاستوى الاعتاق والطلاق وقوله (ولهذا) أى ولكون العتق يحتمل لفظه (يصلح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه) لان مبنى المجاز على المناسبة والشئ لايناسب شيأ الا والشئ الآخر يناسبه وانما قال على ماقاله مشايخهم لان المنصوص

(وان قال لامته أنت طالق أو بائن أو تخمرى ونوى به العتق لم تعتق) وقال الشافعى رحمه الله تعتق اذا نوى وكذا على هذا الخلاف سائر ألفاظ الصريح والكناية على ماقال مشايخهم رحمهم الله له أنه نوى مايحتمله لفظه لان بين الملكين موافقة اذ كل واحد منهما ملك العين أما ملك اليمين فظاهر وكذا ملك النكاح فى حكم ملك العين حتى كان التأبيد من شرطه والتأقيت مبطلا له وعمل اللفظين فى اسقاط ماهو حقه وهو الملك ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط أما الاحكام فتثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفا ولهذا يصلح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه ولنا انه نوى مالايحتمله لفظه لان الاعتاق لغة اثبات القوة والطلاق رفع القيد وهذا لان العبد ألحق بالجمادات وبالاعتاق يحيا فيقدر ولا كذلك المنكوحة فانها قادرة الا أن قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة ولاخفاء ان الاول أقوى ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان اسقاطه أقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو دون حقيقته لا عما هو فوقه فلهذا امتنع فى المتنازع فيه وانساغ فى عكسه

(قوله وكذا على هذا الخلاف جميع ألفاظ الصريح) كأنت مطلقة والطلاق والكناية كما لو قال لامته أنت على حرام أو بائن أو بتلة أو بتة أو بنت منى أو خلية أو برية وحبلك على غاربك واخرجى وقومى واذهبى واغربى واختارى فاختارت نفسها وتقنعى أو قال ذلك لعبده أو قال له طلقتك لايعتق فى ذلك كله وان نوى بخلاف ماتقدم من قوله أطلقتك ونوى حيث يعتق بالاتفاق وقال الشافعى يعتق فى ذلك كله اذا نوى وعن أحمد روايتان احداهما كقولنا والاخرى كقوله (قوله لان بين الملكين) أى ملك الرقبة وملك النكاح (موافقة) (قوله اذ كل منهما الخ) حاصله انه اثبات للمشابهة بين الملكين أعنى ملك الرقبة وملك النكاح وبين التصرفين الواردين عليهما أما الاول فان النكاح فى حكم ملك العين شرعا لا ملك المنفعة لترتب لازم ملك العين شرعا عليه وهو اشتراط التأبيد له كما فى البيع وانتفاء لازم ملك المنفعة عنه وهو التوقيت حتى انه يبطل به اذ هو لازم الملك المنفعة أعنى الاجارة ويستفاد بكل منهما ملك الوطء بخلاف الاجارة وأما الثانى فان كلا من التصرفين اسقاط للملك ولهذا يصح تعليقه بالشرط ولزمت السراية فيه وأما الاحكام التى هى ملك البيع والشراء والشهادة والقضاء وتملك الاموال وهى معنى القوة الشرعية فليس العتق هو المثبت لها بل تثبت بسبب سابق على العتق وهو كون العبد آدميا مكلفا فان هذه خصائص الآدمية فالآدمية مع التكليف هى السبب وانما امتنعت بمانع الرق وبالعتق يزول المانع فيظهر أثر المقتضى كالزوجة فى حق الخروج والتزوج امتنع بمانع الزوجية حفظا للنسب ولا يسلب أهليتها عنه ثم بالفرقة يزول المانع لها عنه ولهذا يصح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فيجب أن يصح الطلاق كناية عن العتق لان صحة الاول للمناسبة وهى مشتركة لانها نسبة بين الطرفين فاذا ناسب الشئ غيره ناسبه الآخر (قوله ولنا انه نوى مالايحتمله لفظه) أى مالايسوغ استعماله فيه فلم يبق سوى مجرد النية ومجرد النية من غير لفظ

عن الشافعى لفظة الطلاق فحسب وأصحابه قاسوا عليها سائر ألفاظ الصريح والكناية (ولنا أنه نوى مالايحتمله كلامه) لانه لامناسبة بينهما تجوز الاستعارة لان الاعتاق لغة اثبات القوة مأخوذ من قولهم عتق الطير اذا قوى وطار عن وكره وفى الشرع أيضا كذلك لان العبد ألحق بالجمادات وبالاعتاق يحيا فيقدر والطلاق فى اللغة رفع القيد مأخوذ من قولهم أطلقت البعير عن القيد اذا حللته وهو عبارة عن رفع المانع عن الانطلاق لا اثبات قوة الانطلاق وكذلك فى الشرع لان المنكوحة لم تزل مالكيته فانها قادرة الا أن قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة وليس بين اثبات القوة الشرعية فى محل لم يكن وبين رفع المانع لتعمل القوة الثابتة فى محلها مناسبة ولاخفاء أن الاول أقوى والادنى لايصلح أن يكون مستعمل

مستعارا للاعلى على ماذكر ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح لان ملك اليمين قد يستلزم ملك المتعة اذا صادف الجوارى الخالية عما يمنع عن الاستمتاع بهن وأما ملك النكاح فلا يستلزم ملك اليمين أصلا وكل ما كان هو أقوى فاسقاطه أقوى فملك اليمين اسقاطه أقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو دون حقيقته لا عما هو فوقه وهذا لان مثل هذا المجاز انما يكون فيما اذا وجدت وصفا مشتركا بين ملزومين مختلفين فى الحقيقة هو فى أحدهما أقوى منه فى الآخر وأنت ترى الحاق الاضعف بالاقوى على وجه التسوية بينهما فتدعى ان ملزوم الاضعف من جنس ملزوم الاقوى وتطلق عليه اسم الاقوى كما اذا كان عندك شجاع وأنت تريد أن تلحق جرأته وقوته بجرأة الاسد

مستعمل فى المعنى جائز الاستعمال فيه لا يوجب شرعا ثبوت ذلك المسمى الشرعى كما لو قال اسقنى ينوى به العتق أو الطلاق لا يقعان وانما قلنا انه لا يسوغ استعماله فيه لان مسوغ استعمال اللفظ فى المعنى إما وضعه له أو التجوز به فيه والاول منتف وكذا الثانى لان التجوز له طرق مخصوصة لغة وضع واضع اللغة أنواعها وهذا ما يقال ان نوع العلاقة موضوع ووضع نفس اللفظ للمعانى المجازية وضعا عاما وهذا ما يقال المجاز موضوع وضعا نوعيا وحقيقة الحاصل معنى قوله كل لفظ وجد بين مسماه ومعنى آخر مشترك اعتبرته فللمتكلم أن يطلقه على ذلك المعنى وثبوت اعتباره عنه بأن يثبت عنه انه استعمل اللفظ باعتبار جزئى من جزئيات ذلك المشترك فثبت به اعتباره لذلك النوع لتحققه فى ذلك الجزئى أو نقل اعتباره والثابت عنه فى علاقة المشابهة أن يكون فى وصف خارج ظاهر فى المتجوز عنه ثبوته فيه أقوى منه فى المتجوز به فيصير المتجوز به مشبها والمتجوز عنه مشبها به وقولهم يشترط كونه وصفا مختصا مرادهم كونه ظاهرا فى المشبه به المتجوز عنه لا حقيقة الاختصاص والا لم يكن مشتركا فلا يتجوز باعتباره الى ما ليس هو فيه فللاول لا يجوز التجوز بأسد للابخر والمحموم مع أنهما وصفان ملازمان للاسد لعدم ظهورهما وشهرتهما وللثانى وجب أن لا يكون المعنى المشترك فى محل المجاز أكثر منه فى محل الحقيقة اذا عرف هذا فنقول الاعتاق انما هو اثبات تلك القوة التى فصلناها ورفعها العلم بعدم ملك تلك الامور قبله والاصل فى اضافة عدم الشئ أن يكون الى عدم المقتضى لا الى قيام المانع لان عدمه هو الاصل فى عدم الحكم لان الغالب ثبوت الحكم عند ثبوت المقتضى ولو سلم فالاصل عدم المقتضى فيبقى على العدم ما لم يثبت وجوده ولم يثبت ودعواه أنه الآدمية مع التكليف ممنوعة بل مجرد ذلك لا يقتضى ملكا أما عقلا فظاهر وشرعا لم يثبت بل انما يثبت شرعا دوران ذلك الملك مع الحرية فلتكن هى السبب الشرعى والطلاق لازالة قيد النكاح فيعمل ملكها القائم عمله حتى يجوز الخروج والتزوج وهذا لان ملكها متحقق الثبوت بعد التزوج حتى جاز بيعها وشراؤها وشهادتها ولم يمتنع منها سوى ما قلنا لحفظ النسب ولا مناسبة بين ازالة المانع فى محل ليعمل الملك القائم عمله وبين اثبات الملك الزائل لمحل لعلاقة تجوز التجوز وهى أن تكون مختصة بالمتجوز عنه أى ظاهرة مشهورة ثبوتها فيه أقوى منه فى محل المجاز المشبه بل هو هنا عكس هذا فان الاسقاط المشترك ثبوته فى العتق أكثر وأوفر منه فى الطلاق والتجوز بلفظ الطلاق يقتضى كون الطلاق هو الاكثر اسقاطا وأشهر به فلذا اجاز التجوز بلفظ العتق عن الطلاق لوقوعه على وفق الشرط المذكور وامتنع عكسه ولان العتق سبب لزوال ملك المتعة حيث كان سبب زوال ملك الرقبة فهو فيه لفظ السبب فى المسبب بخلاف قلبه فانه المسبب فى السبب وهو ممنوع إلا إن اختص وإلا وجد المسبب دون السبب المعين فلا تلازم فلا علاقة وما قيل ليس سببا أيضا بدليل أن الامة لو كانت متزوجة فأعتقها لا يوجب زوال ملك المتعة انما هو بناء على اعتقاد أن المراد بالسبب العلة وهو منتف ولو سلم فالعلة انما تؤثر عند كون الحكم معدوما قبلها ألا يرى ان البول بعد الريح لا يوجب حدثا ولم يخرج بذلك عن كونه علة للحدث وعلى من يلتزم انه يوجب حدثا آخر يمكن أن يقال أوجب العتق حرمة أخرى للمتعة فعن هذا قيل الكنايات منها ما يقع العتق به بلا نية كقوله تصدقت عليك بنفسك أو ملكتكها أو وهبت نفسك منك أو أوصيت لك بنفسك أو بعت نفسك منك فهذه كنايات لا تحتاج الى النية لان الاحتياج اليها اذا كانت تحتمل معانى وهذه لا تحتمل غير العتق فاستغنت عنها ومنها ما يقع بالنية كما تقدم ومنها ما لا يقع وان نوى كلفظ الطلاق وكناياته والتحقيق فى مثل الاول أن يقال انه ملحق بالصريح كما فى مولاى من حيث ان ما سوى العتق انتفت ارادته فتعين فألحق بالصريح وانتفاء المعنى المزاحم هنا بسبب تعذر حقيقة الملك للعبد فتعين المعنى المجازى وهذا بناء على ان الصريح يخص الوضعى والا فيجعلان صريحا

وقوته فتدعى الاسدية له باطلاق اسم الاسد عليه وهذا كما ترى انما يكون باطلاق اسم القوى على الضعيف دون العكس واذا ظهر هذا بعد العلم بان ازالة ملك اليمين أقوى ظهر لك جواز استعارة ألفاظ العتاق للطلاق دون عكسه والفرق بين النكتتين المذكورتين فى الكتاب ان فى الاولى منع المناسبة واظهار السند بأن الاعتاق اثبات والطلاق رفع فأنى يتناسبان وفى الثانى تسليم ان كلا منهما اسقاط لكن الاعتاق أقوى وهو ينافى الاستعارة

(قوله والفرق بين النكتتين المذكورتين فى الكتاب أن فى الاولى منع المناسبة واظهار السند بأن الاعتاق اثبات) أقول بعد ما تبين بالدليل الذى نقلناه من الشافعية ان الاعتاق اسقاط لا وجه لهذا المنع والسند ثم يضيع التعرض على هذا لكون الاول أقوى

وقوله (واذا قال لعبده أنت مثل الحر) اطلاقه يشير الى أنه نوى العتق أو لم ينو لم يعتق وذكر في المبسوط لم يعتق الا بالنية وفي تعليله اشارة الى ذلك لانه قال لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في الحرية ولا شك انه اذا نوى الحرية زال الشك وقوله (عرفا) يجوز أن يراد به العرف العام فان العامة يستعملونه للمشاركة في بعض الاوصاف يقولون زيد مثل عمرو مثلا اذا كان عمرو مشهورا بصفة كعلم او خط أو جود أو غيرها ويجوز أن يراد به العرف الخاص فان بعض أهل العلم يستعملونه في الاتحاد بالحقيقة وقوله (ولو قال ما أنت الا حر الخ) ظاهر

فصل لما ذكر العتق الحاصل بالاعتاق الاختياري الذي هو الاصل ذكر في هذا الفصل عامة مسائل العتق الذي يحصل بغير اختيار كارث قريبه وخروج عبد الحربي الينا مسلما وولد الامة من مولاها والرحم في الاصل وعاء الولد في بطن أمه ثم سميت القرابة والوصلة من جهة الولاد رحما ومنه ذو الرحم والمحرم هو الذي لا يجوز النكاح بينهما لو كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى (ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وهذا اللفظ مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم) رواه عمر وعبد الله بن مسعود وعائشة رضي الله عنهم وقال صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر رواه الخمسة الا النسائي واللفظ بعمومه يتناول كل قرابة مؤيدة بالمحرمية ولادا أو غيره فان قيل الضمير في مثله يعود الى من كما في قوله صلى الله عليه وسلم من دخل دار أبي سفيان فهو آمن وأمثاله فلا يكون حجة أجيب بأن وقوعه جزاء لقوله من ملك ينبو عن ذلك لئلا يلزم تحصيل الحاصل فان تملكه يدل على حريته اذ المملوك لا يملك شيأ فقوله فهو حر لو عاد اليه كان تكرارا غير مفيد وان قيل صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لن يجزي ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه عطفه بالفاء التي للتعقيب فلا يعتق ما لم يعتقه أجيب بأنه دليل أصحاب الظواهر وليس بصحيح للزوم التعارض ومحمله ان مثله يستعمل في حصول الثاني بالاول لا بسبب آخر كما يقال أطعمه فأشبعه وسقاه فأرواه وضربه فأوجعه وأمثاله

(واذا قال لعبده أنت مثل الحر لم يعتق) لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في الحرية (ولو قال ما أنت الا حر عتق) لان الاستثناء من النفي اثبات على وجه التأكيد كما في كلمة الشهادة (ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق) لانه تشبيه بحذف حرفه (ولو قال رأسك رأس حر عتق) لانه اثبات الحرية فيه اذ الرأس يعبر به عن جميع البدن

فصل (ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه) وهذا اللفظ مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤيدة بالمحرمية ولادا أو غيره

وبه قال جماعة وهو الحق وقد اخترناه في كتبنا (قوله ولو قال ما أنت الا حر عتق) لان الاستثناء من النفي اثبات على وجه التأكيد هذا هو الحق المفهوم من تركيب الاستثناء لغة وهو خلاف قول المشايخ في الاصول وقد بيناه في الاصول وانه لا ينافي قولهم الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا واما كونه اثباتا مؤكدا فلوروده بعد النفي بخلاف الاثبات المجرد (قوله ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق لانه تشبيه بحذف حرفه ولو قال رأس حر عتق لانه اثبات الحرية فيه اذ الرأس يعبر به عن جميعه) وهذا يقتضي أنه لا ينوي كما لو قال رأسك حر فانه لا يحتاج الى النية لكن المسئلة منقولة في نوادر ابن سماعة لو قال رأسك حر عتق اذا نواه وفي نوادر هشام قال أبو يوسف لو خاط مملوكه ثوبا فقال هذه خياطة حر لا يعتق وفي الهاروني لو رآها تمشي فقال هذه مشية حر أو تتكلم فقال هذا كلام حر لم تعتق الا أن يقول أردت العتق وهذا قول أبي يوسف وقال الحسن بن زياد من قول نفسه يعتق في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى وفي نوادر ابن سماعة عن محمد قال حسبك حر أو أصلك حر وعلم أنه من سبي لا يعتق لانه صادق وكذا لو قال أبواك حران وفي نوادر المعلى قال أبو يوسف لو قال فرجك حر من الجماع فهي حرة في القضاء ويسعه فيما بينه وبين الله تعالى ولا تعتق وفي نوادر ابن سماعة عن محمد لو قال استك حر كان حرا وكذا ذكرك حر وتقدم

فصل أعقب العتق الاختياري بالاضطراري (قوله وهذا اللفظ مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم) رواه النسائي عن ضمرة بن ربيعة عن سفيان الثوري عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم عتق عليه وضعفه البيهقي والنسائي بسبب ان ضمرة انفرد به عن سفيان وصححه عبد الحق وقال ضمرة ثقة واذا أسند الحديث ثقة فلا يضر انفراده به ولا ارسال من أرسله ولا وقف من وقفه وصوب ابن القطان كلامه وممن وثق ضمرة ابن معين وغيره

فصل ومن ملك ذا رحم محرم (قوله وولد الامة من مولاها) أقول فيه شئ فان العتق بدعوة المولى كما لا يخفى (قوله والرحم في الاصل وعاء الولد الى قوله ومنه ذو الرحم) أقول فيه شئ (قوله أجيب بأنه دليل أصحاب الظواهر وليس بصحيح) أقول المراد عدم صحة كونه دليلا لا نفي صحة الحديث

والشافعي رحمه الله يخالفنا في غيره له أن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس أو لا يقتضيه والاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الالحاق أو الاستدلال به ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولم يمتنع فيه ولنا ما روينا ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه

وان لم يحتج به في الصحيح وأما الحديث الثاني وهو قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر فأخرجه أصحاب السنن الاربعة عن حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال أبو داود وغيره انفرد به عن الحسن عن سمرة قال وقد شك فيه فان موسى بن اسمعيل قال في موضع آخر عن سمرة فيما يحسب حماد وقد رواه شعبة مرسلا عن الحسن عن النبي صلى الله عليه وسلم وشعبة احفظ من حماد انتهى وفيه مثل ما تقدم من كلام عبد الحق وابن القطان وهو ان رفع الثقة لا يضره ارسال غيره ورواه الطحاوي من حديث الاسود عن عمر موقوفا وروى من حديث ابن عمر مرفوعا وعائشة وعلي باسانيد ضعيفة وروى الطحاوي باسناده الى سفيان الثوري عن سلمة بن كهيل عن المستورد أن رجلا زوج ابن أخيه مملوكته فولدت أولادا فأراد أن يسترق أولادها فأتى ابن أخيه عبد الله بن مسعود فقال ان عمي زوجني وليدته وانها ولدت لي أولادا فأراد أن يسترق ولدي فقال ابن مسعود كذب ليس له ذلك وفي المبسوط أن ابن عباس قال جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم وقال يا رسول الله اني دخلت السوق فوجدت أخي يباع فاشتريته واني أريد أن اعتقه فقال صلى الله عليه وسلم فان الله قد اعتقه (**قوله** والشافعي الخ) وبقولنا قال أحمد وذكر الخطابي في معالم السنن انه قول أكثر العلماء وفي الغاية روى ذلك عن عمر وابن مسعود ولا يعرف لهما مخالف من الصحابة وبه قال الحسن البصري وجابر بن زيد وعطاء والشعبي والزهري وحماد والحكم والثوري وابن شبرمة وأبو سلمة والحسن ابن حي والليث وعبد الله بن وهب واسحق والظاهرية وقال مالك يعتق في قرابة الولادة والاخوة والاخوات لا غير وفي المبسوط قال داود الظاهري اذا ملك قريبه لا يعتق بدون الاعتاق لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم لا يجزي ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه ولو عتق بنفس الشراء لم يبق لقوله فيعتقه فائدة ولان القرابة لا تمنع ابتداء الملك فلا تمنع بقاءه ولنا قوله تعالى وما ينبغي للرحمن أن يتخذ ولدا ان كل من في السموات والارض الا آتي الرحمن عبدا لقد أحصاهم وعدهم عدا وكلهم آتيه يوم القيامة فردا ثبت به أن الابنية تنافي العبدية فاذا ثبتت الابنية انتفت العبدية والمراد بالنص فيعتقه بذلك الشراء كما يقال أطعمه فأشبعه وسقاه فارواه والتعقيب حاصل اذ العتق يعقب الشراء وانما أثبتنا له الملك ابتداء لان العتق لا يحصل قبله بخلاف ملك النكاح لم يثبت ابتداء لانه لا فائدة في اثباته لاستعقاب البينونة (**قوله** له أن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك) في الولاد (ينفيه القياس) على غير القريب من العبيد وعلى سائر الاملاك اذ لا تخرج عن ملك مالكها من غير رضا واختيار (أو لا يقتضيه) القياس ولا ينفيه وقد ثبت العتق في الولاد بالنص والاجماع الامن لا يعتد بخلافه والاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الالحاق أي الحاق غير الولاد بالولاد بطريق القياس والاستدلال أي الالحاق بطريق الدلالة لعدم الاولوية والمساواة بل يجب الالحاق بغير المحارم من القرابات فالقرابات ثلاث ولاد وغيره مع المحرمية وعدمها كابناء الاعمام والعمات وأبناء الاخوال والخالات ويجب رد المتنازع فيه الى ما هو أشبه به من قرابتي الولاد وغير المحارم وهو بالثاني أشبه حقيقة وحكما اما حقيقة فلان قرابتهم قرابة مجاورة في الرحم وقرابة الولاد قرابة بعضية وأما الثاني فلانا رأينا احكامهم متحدة بغير المحارم في الشهادة والقود وحل الحليلة وامتناع التكاتب فكذا في هذا الحكم (**قوله** ولنا ما روينا) فيضمحل معه جميع المعاني المعينة والقياس الصحيح بل دلالة النص تقريره (ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه)

قوله (والشافعي يخالفنا في غيره) أي في غير الولاد واستدل بأن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس أو لا يقتضيه وكل ما ينفيه القياس لا يلحق به شيء آخر بالقياس وكل ما لا يقتضيه لا يدخل غيره فيه بالاستدلال أي بدلالة النص الا اذا كان الملحق في معنى الملحق به من كل وجه وههنا ليس كذلك لان قرابة الاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولا يمتنع فيه ولنا ما روينا وهو قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية وكل من فعل ذلك عتق عليه

(قوله وكل ما ينفيه القياس لا يلحق به شيء آخر بالقياس) أقول ولا يبعد أن يعكس فيقال كل ما ينفيه القياس لا يلحق به بدلالة النص وكل ما لا يقتضيه لا يدخل غيره بالاستدلال أي بالقياس

أما انه ملك ذلك فبالاجماع وأما ان كل من فعل ذلك عتق عليه فبالقياس على الولاد لان هذا المعنى وهو تملك القريب المحرم هو العلة المؤثرة في الولاد والولاد ملغى لانها أي القرابة المؤثرة في المحرمية هي التي يفترض وصلها و يحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح اما حرمة النكاح فبالاجماع واما وجوب النفقة فمذهبنا لكن لما أثبت ذلك من قبل بدليل قطعي وهو قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك كان ثابتا البتة فاستدل به ولمشايخنا هنا نكتة وهو قوله هذه قرابة صينت عن أدنى الذلين وهو ذل النكاح فلان تصان عن أعلاهما اولى فان ادعى ان ذل النكاح أعلى فتلك مكابرة تستدعي تفضيل الاماء على الحرائر وهو باطل قطعا واجماعا على أن الرضاع يرفع ذل النكاح دون الرق مما يحسم مادة هذه المكابرة فان رافع الاعلى يرفع الادنى لامحالة ولا فرق بين أن يكون المالك مسلما أو كافرا وكذلك المملوك لعموم العلة وهي القرابة المحرمة للنكاح فان قيل هذه القرابة ان أوجبت العتق أوجبت باعتبار الصلة على ما أشار اليه المصنف بقوله هي التي يفترض وصلها وقرابة الاخوة لا توجب الصلة عند اختلاف الدين ولهذا لا تجب النفقة فلا توجب الاعتاق أيضا أجيب بان علة النفقة ليست القرابة المجردة في الاخو بل بصفة الوراثة لقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك واختلاف الدين يمنع الارث فكذا ما يبنى عليه وانما قال أو كافرا في دار الاسلام لان الحربي لو ملك في دار الحرب ذا رحم محرم منه لم يعتق فانه لو أعتقه لم ينفذ عتقه فكذا لا يعتق عليه بالملك فان قيل عدم انفاذ العتق بالاعتاق لا يستلزم عدم العتق بالملك فان الصبي والمجنون اذا أعتقا لم ينفذ وأما اذا ملك ذا رحم محرم منه عتق فالجواب ان الاصل أن ما يقع من العتق بالملك يقع بالاعتاق أيضا لان الوقوع بالملك انما هو بالزام الشرع لعدم (قوله التصرف منه ومالزم بالزامه لزم بالالتزام أيضا بالاستقراء الا انا تركنا هذا الاصل في حق الصبي والمجنون بالمانع وهو ان الاعتاق تصرف ضار من كل وجه وهما ليسا من أهله لما عرف في موضعه وكذا اذا أعتق المسلم عبدا حربيا في دار الحرب لم يعتق عليه قال في النهاية وبهذا يعلم ان قوله في دار الاسلام في الكتاب متعلق بمجموع ما ذكر قبله من قوله

وهذا هو المؤثر في الاصل والولاد ملغى لانها هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح

كما في الولاد (وهذا) أعني كونه قرابة مؤثرة في المحرمية (هو المؤثر في الاصل) وهو قرابة الولاد يعني هو الذي تعلق به الحكم فيه والولاد ملغى ولو سلم فغاية ما صنع انه أرانا عدم العلة في الفرع وهو لا يستلزم عدم الحكم فيه لجواز أن يعلل الاصل باخرى متعدية الى ما لم يتعد اليه تلك وهي ما عيناه من القرابة المحرمية لانها قد ظهر أثرها في جنس هذا الحكم وهو دفع ملك النكاح الذي هو أدنى الذلتين فلأن يؤثر في دفع أعلاهما وهو ملك الرقبة أولى وهذا المسلك من مسالك العلة هو الذي لا نزاع في صحته والنص أيضا دل على تعيينه وهو ما رويناه فانه يفيد تعليق الحكم بالقرابة المحرمية لما عرف وهذا يفيد الغاء ما عيناه وقول المصنف (حتى وجبت النفقة) الزام بمختلف فيه لكنه لما ثبت بالدليل وهو قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك ألزم به غير معتبر خلافه وكأنه ثابت اتفاقا وقولهم ان الحديث لم يثبت غير صحيح لثقة الرواة وليس فيه سوى الانفراد بالرفع وهو غير قادح لان الراوي قد يصل وكثيرا ما يرسل ومعلوم أنه اذا أرسل فلا بد أن يكون عن واسطة وغاية الامر أنه عين الواسطة مرة وترك أخرى ولو كان مرسلا كان من المرسل المقبول اما على قول الجمهور وهو قولنا وقول مالك وأحمد فيقبل بلا شرط بعد صحة السند وقد علمت صحته واما على قول الشافعي فيقبل اذا عملت الصحابة على وفقه وأنت سمعت ان الثابت قول بعض الصحابة ولم يثبت عن غيرهم خلافهم فثبت بهذا مشاركة هذه القرابة للولاد في هذا الحكم فان شاركوا غير المحارم في غيره فلا يعارضه اعتبارهم بهم فيه لانه الحاق بالاشبهية ولا أثر له ولو كان صحيحا عنده فالمعنى الذي ظهر أثره في جنس الحكم أولى منه فكيف مع النص على نفس حكم الفرع (قوله والافتراض عند القدرة) جواب عن اعتباره لعدم التكاتب فقال عليه العلة التي عينها الشرع افتراض الوصل والافتراض انما يثبت عند القدرة وانما هي قائمة بالحر والمكاتب عبد لا يقدر على الاعتاق والكتابة نوع اعتاق فليس كتابة غير الولاد مما تنتظم كتابته بخلاف كتابة الولاد فانه لكون الجزئية قائمة يدخل لان الكتابة ترد على جميع أجزائه على أن عن أبي حنيفة أنه يتكاتب على الاخ وهو قولهما فلنا ان نمنع والجواب عن الشهادة والزكاة أن عدم جوازهما في قرابة الولاد باعتبار انه تمليك من نفسه وشهادة لها من وجه وهذا المانع منتف في غير الولاد

(قوله حتى وجبت النفقة وحرم النكاح الخ) أقول يعني علم تأثير تلك القرابة في جنس هذا الحكم وهو حرمة النكاح (قوله فان رافع الاعلى يرفع الادنى الخ) أقول محل تأمل ويمكن جوابه بما مر من المصنف في فصل وعلى الرجل أن ينفق على أبويه في تعليل قوله ولا يجب على النصراني نفقة أخيه المسلم

قوله قوله والافتراض الخ كذا في عدة نسخ وهو مقدم عن محله اهـ مصحح

ولافرق بين ماذا كان المالك مسلما أو كافرا الاينحصر تعلقه بقوله أو كافرا وقوله (والمكاتب اذا اشترى أخاه) جواب عن قوله ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب فى غير الولاد وتقريره لانسلم انه لايتكاتب عليه بل قد روى عن أبى حنيفة رحمه الله أنه كان يتكاتب على الاخ أيضا ولئن سلمنا فانما لايتكاتب عليه لان المكاتب ليس له ملك تام بقدره على الاعتاق لانه عبد مابقى عليه درهم وانما ألحق بالملك فيما هو المقصود من الكتابة ومن لاقدرة له على الاعتاق لايعتق عليه لان فرض المسئلة عند القدرة فان قيل لو كان كذلك لما عتق عليه قرابة الولاد أجاب بقوله بخلاف الولاد لان العتق فيه من مقاصد الكتابة لان عتق نفسه كما كان مقصودا بالكتابة لكونه يتغير بالرق فكذلك رق الوالد والولد فاذا كان من مقاصدها امتنع البيع فيعتق عليه تحقيقا للمقصود العقد وأما حرية الاخ فليست من مقاصد عقد الكتابة لعدم لحوق العار برقه لحوقه برق ابنه أو أبيه وقوله وهذا بخلاف ما اذا ملك بنت عمه) جواب نقض اجمالى تقريره لو كان تملك ذى الرحم المحرم علة لعتقه على من تملك لعتقت ابنة العم التى هى أخت من الرضاعة على ابن عمها اذا اشتراها وليس كذلك وتقرير الجواب ان المراد بالمحرمية محرمية أثرت فيها القرابة وهذه ليست كذلك لان الرضاع هو المؤثر وذكر هذا الجواب انما هو لزيادة الايضاح لانه كان معلوما من أصل الدليل حيث قال ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة فى المحرمية وهذه لم تكن كذلك والصبى جعل أهلا لهذا العتق وكذلك المجنون فاذا دخل قريبهما فى ملكهما بغير صنع منهما كالارث والهبة عتق عليهما لان العلة وهى تملك ذى الرحم المحرم قد وجدت وقد تعلق به حق العبد فيعتق وكان كالنفقة قال (ومن أعتق عبدا لوجه الله تعالى) ومن قال لعبده أنت حر لوجه الله تعالى أو للشيطان أو للصنم عتق لوجود ركن الاعتاق من أهله مضافا الى محله من غير مانع شرعى فيترتب الحكم عليه ووصف القربة وهو كونه لوجه الله تعالى فى الوجه الاول زيادة فلا يختل العتق بعدمه فى اللفظين الاخيرين يعنى الشيطان والصنم وقوله (وعتق المكره) واضح وقد تقدم فى الطلاق (وان أضاف العتق الى ملك) بأن يقول لعبد الغير ان اشتريتك فأنت حر (صح كما فى الطلاق) وان علق بشرط كقوله ان دخلت الدار فأنت حر فكذلك اما الاضافة ففيه خلاف الشافعى وقد تقدم بيانه وأما التعليق بالشرط فلان الاعتاق اسقاط والاسقاط

ولافرق بين ماذا كان المالك مسلما أو كافرا فى دار الاسلام لعموم العلة والمكاتب اذا اشترى أخاه ومن يجرى مجراه لايتكاتب عليه لانه ليس له ملك تام يقدره على الاعتاق والافتراض عند القدرة بخلاف الولاد لان العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع فيعتق تحقيقا للمقصود العقد وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يتكاتب على الاخ أيضا وهو قولهما فالنا أن نمنع وهذا بخلاف ما اذا ملك ابنة عمه وهى أخته من الرضاع لان المحرمية ماثبتت بالقرابة والصبى جعل أهلا لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك لانه تعلق به حق العبد فشابه النفقة (ومن أعتق عبدا لوجه الله تعالى أو للشيطان أو للصنم عتق) لوجود ركن الاعتاق من أهله فى محله ووصف القربة فى اللفظ الاول زيادة فلا يختل العتق بعدمه فى اللفظين الآخرين (وعتق المكره والسكران واقع) لصدور الركن من الاهل فى المحل كما فى الطلاق وقد بيناه من قبل (وان أضاف العتق الى ملك أو شرط صح كما فى الطلاق) أما الاضافة الى الملك ففيه خلاف الشافعى رحمه الله وقد بيناه فى كتاب الطلاق وأما التعليق بالشرط فلانه اسقاط

(قوله ولافرق بين ماذا كان المالك مسلما أو كافرا فى دار الاسلام) وكذا لافرق بين ماذا كان العبد مسلما أو كافرا فى دار الاسلام لعموم العلة وهى القرابة المحرمية وقيد بقوله فى دار الاسلام لانه لاحكم لنا فى دار الحرب فلو ملك قريبه فى دار الحرب أو أعتق المسلم قريبه فى دار الحرب لايعتق خلافا لابى يوسف وعلى هذا الخلاف اذا أعتق الحربى عبده فى دار الحرب ذكر الخلاف فى الايضاح وفى الكافى للحاكم عتق الحربى فى دار الحرب قريبه باطل ولم يذكر خلافا اما اذا أعتقه وخلاه قال فى المختلف يعتق عند أبى يوسف وولاؤه له وقالا لاولاء له لكن عتقه بالتخلية لا بالاعتاق فهو كالمراغم ثم قال المسلم إذا دخل دار الحرب فاشترى عبدا حربيا فأعتقه ثمة القياس أن لايعتق بدون التخلية لانه فى دار الحرب ولا تجرى عليه أحكام الاسلام وفى الاستحسان يعتق من غير تخلية لانه لم تنقطع عنه أحكام المسلمين ولا ولاء له عندهما وهو القياس وقال أبو يوسف له الولاء وهو الاستحسان وذكر قول محمد مع أبى يوسف فى كتاب السير وعلى هذا فالجمع بينه وبين ما فى الايضاح ان يراد بالمسلم ثمة الذى نشأ فى دار الحرب وهنا نص على انه داخل هناك بعد ان كان هنا فلذا لم تنقطع عنه أحكام الاسلام وهذا بخلاف استحقاق النفقة لانها منوطة بعلة القرابة المورثة بالنص فلم تجب مع اختلاف الدين (قوله وعتق المكره والسكران واقع) فى المكره خلاف الائمة الثلاثة والاكراه لايزيل الا الرضا والعتق لايتوقف عليه ولذا جاز عتق الهازل وفى السكران اتفاقهم على الوقوع على المختار عندهم وتقدم فى الطلاق (قوله اما الاضافة الى الملك) كان يقول ان ملكتك أو ملكت عبدا ونحوه فهو حر (ففيه خلاف الشافعى)

(قوله لأن المكاتب ليس له ملك تام الخ) أقول فيه بحث فان للمكاتب أن يكاتب كما سيجىء فى كتاب المكاتب فلو صح هذا الكلام يلزم أن لايجوز فليتأمل

فيجرى فيه التعليق بخلاف التمليكات على ما عرف فى موضعه (واذا خرج عبد الحربى الينا مسلما عتق) لقوله صلى الله عليه وسلم فى عبيد الطائف حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء الله تعالى ولانه أحرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء (وان أعتق حاملا عتق حملها تبعا لها) اذ هو متصل بها (ولو أعتق الحمل خاصة عتق دونها) لانه لا وجه الى اعتاقها مقصودا لعدم الاضافة اليها ولا اليه تبعا لما فيه من قلب الموضوع

أى وحده فان مالكا يوافقنا فيه وكذا عن أحمد وفرق بينه وبين الطلاق اذ لم يجوز اضافته الى الملك بخلاف العتق بأن العتق مندوب اليه بخلاف الطلاق وعندنا المصحح مطرد فيهما على ما عرف فلم يفترقا فى ذلك (قوله فيجرى فيه التعليق) لا خلاف فيه بيننا وبين الشافعى رحمه الله انما الخلاف فى انه هل يشترط للوقوع بقاء الملك من حين التعليق الى وجود الشرط فعندنا زوال الملك فيما بين التعليق و وجود الشرط لا يبطل اليمين وعنده يبطله والخلاف مبنى على انعقاد المعلق سببا فى الحال عنده وعندنا عند وجود الشرط (قوله واذا خرج عبد الحربى الينا مسلما عتق) سواء خرج سيده بعد ذلك مسلما أولا وقيد بالخروج لانه لو أسلم ولم يخرج لم يعتق وبقولنا قالت الائمة الثلاثة وقال الاوزاعى اذا خرج سيده مسلما رد اليه وعند الظاهرية اذا أسلم عتق خرج أو لم يخرج وأورد ابن حزم عليه أن سلمان أسلم وسيده كافر ولم يعتق بذلك ثم أجاب بأنا لم نقل بهذا الا لعتق رسول الله صلى الله عليه وسلم من خرج اليه مسلما من عبيد أهل الطائف وهى بعد الخندق بدهر وبدعوى نسخ تملك الكافر للمؤمن بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولا شك فى اتجاه الايراد وهو مما يصلح دليلا لنا وفى الجواب ما لا يخفى (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم فى عبيد الطائف) أخرج أبو داود فى الجهاد والترمذى فى المناقب عن على رضى الله عنه واللفظ لابى داود قال خرج عبدان بكسر العين الى النبى صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية قبل الصلح فقال مواليهم يا محمد والله ما خرجوا رغبة فى دينك وانما خرجوا هربا من الرق فقال ناس صدقوا يا رسول الله ردهم اليهم فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ما أراكم تنتهون يا معشر قريش حتى يبعث الله عليكم من يضرب رقابكم على هذا وأبى أن يردهم اليهم وقال هم عتقاء الله سبحانه قال الترمذى حديث حسن صحيح غريب لا نعرفه الا من هذا الوجه ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم وذكر الواقدى فى غزوة الطائف من كتاب المغازى جماعة من العبيد خرجوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم عدهم واحدا واحدا أبو بكرة ووردان والمنبعث والازرق ومحسن النبال وابراهيم بن جابر ويسار ونافع ومرزوق كل هؤلاء أعتقهم صلى الله عليه وسلم فلما أسلمت ثقيف تكلموا فى هؤلاء أن يردوا الى الرق فقال صلى الله عليه وسلم أولئك عتقاء الله لا سبيل اليهم وأخرج عبد الرزاق حدثنا معمر عن عاصم بن سليمان حدثنا أبو عثمان النهدى عن أبى بكرة أنه خرج الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو محاصر أهل الطائف بثلاثة وعشرين عبدا فأعتقهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فهم الذين يقال لهم العتقاء وفى مراسيل أبى داود فلما أسلم مواليهم رد النبى صلى الله عليه وسلم الولاء اليهم وفيه مجهول وأخرجه البيهقى مرسلا وقال ثم وفد أهل الطائف فأسلموا وقالوا يا رسول الله رد علينا رقيقنا الذين أتوك فقال لا أولئك عتقاء الله ورد الى كل رجل ولاء عبده (قوله ابتداء) احتراز عن بقاء الرق فانه يبقى بعد الاسلام بعد ثبوته بطريقه (قوله عتق حملها) باجماع الاربعة ولو استثناه لا يصح كاستثناء جزء منها خلافا لاحمد واسحق والنخعى والشعبى وعطاء وابن سيرين وقولهم مروى عن ابن عمر وأبى هريرة وقال أبو يوسف اذا خرج أكثر الولد فأعتقت لا يعتق هو لانه كالمنفصل فى حق الاحكام حتى تنقضى به العدة ولو مات وهو فى هذه الحالة ورث بخلاف ما اذا

(يجرى فيه التعليق) بالاتفاق بخلاف التمليكات والخلاف فيه بيننا وبين الشافعى بوجه آخر وهو ان زوال الملك عنده يبطل اليمين وعندنا لا يبطله فاذا قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حر فباعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق عندنا خلافا له وقد عرف فى الاصول (واذا خرج عبد الحربى الينا مسلما عتق لقوله صلى الله عليه وسلم فى عبيد الطائف حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء الله) روى ابن عباس رضى الله عنهما ان عبدين من الطائف خرجا فأسلما فاعتقهما النبى صلى الله عليه وسلم (ولانه أحرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء) وقيد بالابتداء لجوازه عليه بقاء لانه فى البقاء من الامور الحكمية دون الجزائية فيجوز بقاؤه كبقاء الاملاك بعد وجود أسبابها وقوله (وان أعتق حاملا) ظاهر

(قوله فيجوز بقاؤه كبقاء الاملاك بعد وجود أسبابها) أقول الكلام فى عتقهم بالخروج الينا فكيف يلزم الاسترقاق ابتداء قبل ثبوت عتقهم فليتأمل

واعترض عليه بأنه لولم تعتق أمه لجاز بيعها وهو لا يجوز بخلاف الهبة وأجيب بأنه لما أعتق ما في بطنها لم يبق الجنين على ملكه فهبة الام بعد ذلك صارت بمنزلة هبة الامة واستثناء الحمل في الهبة شرط فاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع فانه يفسد بالشرط على ماسيجيء وقوله (واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز) قيل عليه سلمنا ذلك لكن ينبغي أن يتوقف العتق الى أن يبلغ الحمل الى حد يكون من أهل القبول وهو أن يكون عاقلا يعقل العقد كما مر في خلع الصغيرة حيث قال فيه وان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من أهل القبول بان كانت عاقلة تعقل العقد وأجيب بان ذلك في صريح الشرط وأما ههنا فالمسئلة مذكورة بكلمة على وكان ذكر المال ههنا وصفا للاعتاق ولا يلزم من بطلان الوصف بطلان الاصل فيثبت العتق ولا يجب المال كما في طلاق الصغيرة وفيه نظر لانه يقتضى أنه ان ذكر بكلمة الشرط توقف ولا بد فيه من رواية واعتباره بخلع الصغيرة غير صحيح لانه قال فيه وان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من أهل القبول فالتوقف فيه مشروط بكونها من أهل القبول والحمل ليس منه والاولى أن يقال لما علم المعتق عدم كون الحمل أهلا للخطاب وقبول الشرط وأقدم على العتق كان قاصدا للاعتاق بلا مال أو يحمل حاله على ذلك صونا لكلامه عن الالغاء وقوله (على مامر في الخلع) قال في النهاية هذه حوالة غير رائجة ويحتمل أن يكون مراده مسئلة الخلع في الجامع الصغير فان في شروحه فرق بين الخلع والاعتاق لجواز وجوب بدل الخلع على الاجنبي دون الاعتاق لما ذكرنا في الخلع ان الاجنبي في معنى المرأة في عدم حصول شيء لهما بمقابلة المال فكما جاز عليها جاز على الاجنبي والاعتاق يثبت القوة الحكمية التي لم تكن للعبد قبله وكان في مقابلة شيء يحصل له والاجنبي ليس في معناه فيكون اشتراط المال عليه كاشتراط ثمن المبيع على غير المشتري وقوله (وانما يعرف قيام الحبل) واضح لان التيقن بوجود الحمل في البطن انما يحصل بذلك وقوله (منه) أي من وقت العتق قال (وولد الامة من مولاها حر لانه مخلوق من مائه

ثم اعتاق الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته لان التسليم نفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع ولم يوجد ذلك بالاضافة الى الجنين وشيء من ذلك ليس بشرط في الاعتاق فافترقا (ولو أعتق الحمل على مال صح ولا يجب المال) اذ لا وجه الى الزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه ولا الى الزامه الام لانه في حق العتق نفس على حدة واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز على مامر في الخلع وانما يعرف قيام الحبل وقت العتق اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر منه لانه أدنى مدة الحمل قال (وولد الامة من مولاها حر) لانه مخلوق من مائه

مات قبل خروج الاكثر (قوله ثم اعتاق الحمل صحيح) عند الجمهور خلافا للظاهرية فانهم لا يجوزون عتق الجنين دون أمه بعد نفخ الروح بل قبله وتعتق أمه تبعا له ولا يجوز بيع الام إذا أعتق ما في بطنها ويجوز هبتها والفرق ان استثناء ما في بطنها عند بيعها لا يجوز قصدا فكذا حكما بخلاف الهبة (قوله لما فيه من قلب الموضوع) واما استحقاق أم الولد العتق بولدها ثم عتقها عند موت السيد بذلك السبب فبالنص على خلاف القياس وقد يقال هذا انما يرد نقضا لو كان عتق أم الولد تبعا لعتق ابنها بالنص وهو منتف اذ هو فرع عتقه وهو فرع سابقية رقه وليس كذلك لانه يعلق حرا فلا يرد نقضا أصلا لا يحتاج الى الجواب بأنه خرج بالنص على خلاف القياس وسنذكر أنه انما يعتق اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر من حين أعتقه (قوله والقدرة عليه) أي على التسليم فلذا لم يجز بيع الآبق ويجوز عتقه (قوله على مامر في الخلع) الحوالة غير رائجة فانه لم يذكره في هذا الكتاب والفرق بين هذا والخلع حيث يجوز اشتراط بدله على أجنبي أن العتق على مال معاوضة فانه يملك العبد به نفسه وتحدث له القوة الشرعية وذلك أي شيء نفيس ولا يجوز اشتراط العوض الا على من يسلم له المعوض كما في البيع والاجارة بخلاف المرأة فانها لا تحدث لها قوة به ولا تملك نفسها الا ان ذلك كان ثابتا لها قبله على ما قدمناه فلا فرق بينها وبين الاجنبي فاذا جاز اشتراطه عليها جاز عليه وكذا لا يصح بطريق الكفالة لانه لا يجب على الجنين فكيف يجب على الكفيل فلذا لو قال للامة أعتقت ما في بطنك على ألف عليك فقبلت فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر منه عتق بلا شيء لانه لا يجب له على أمته شيء بسبب غيرها (قوله لاقل من ستة أشهر منه) أي من وقت العتق فلو جاءت به لستة أشهر فصاعدا منه لا يعتق الا أن يكون حملها توأمين جاءت بأولهما لاقل من ستة أشهر ثم جاءت بالثاني لستة أشهر أو أكثر أو تكون هذه الامة معتدة عن طلاق أو وفاة فولدت لاقل من سنتين من وقت الفراق وان كان لاكثر من ستة أشهر من وقت الاعتاق حينئذ فيعتق لانه كان محكوما بوجوده حين أعتقه حتى ثبت نسبه وعلى هذا فرع ما لو قال ما في بطنك حر ثم ضرب بطنها فألقت جنينا ميتا ان ضربها بعد العتق لاقل من ستة أشهر تجب دية الجنين لابيه ان كان له أب حر لانه

(قوله واعترض عليه بانه لولم تعتق أمه لجاز بيعها وهو لا يجوز بخلاف الهبة) أقول الانسب لتمشية السؤال طرح قوله بخلاف الهبة قال المصنف (ولو أعتق الحمل على مال صح) أقول قال في الكافي ولو أعتق الحمل على مال بأن قال لأمته أعتقت ما في بطنك على ألف درهم عليك فقبلت اه وفيه بحث

قوله قوله لما فيه الخ مؤخر عن محله كتبه المصحح

فيعتق عليه هذا هو الاصل) يعني ان الاصل ان يخلق الولد من ماء صاحب الماء (ولامعارض له فيه) أي في الولد لان ماء الامة لا يعارض ماءه لان ماءها مملوك له فيكون الماآن له بخلاف أمة الغير لان ماءها مملوك لسيدها فتحققت المعارضة وولدها من زوجها مملوك لسيدها لتعارض الماءين ويرجح جانب الام بامور منها الحضانة وفيه نظر لان حق الحضانة انما يثبت بعد الولادة فلا يجوز ان يكون مرجحا لما هو قبلها ومنها استهلاك مائه بمائها لكون مائها في موضعه ومنها تيقن كونه مخلوقا من مائها بخلاف ماء الزوج وكان الفراش من جانبها حقيقة وحكما ومن جانبه حكما فقط والاول أرجح لا محالة ومنها ان الولد ما دام جنينا فهو بمنزلة عضو من أعضائها كيدها ورجلها الى ان ينفصل حسا وشرعا أما حسا فانه يتنفس بنفسها ويتنقل بانتقالها حتى يقرض بالمقراض عند انفصاله منها وأما شرعا فلانه يعتق بعتقها وفيه نظر لان الكلام في اثباته فلا يستدل به عليه وقوله (والمنافاة متحققة) جواب عما يقال الترجيح يحتاج اليه بعد التعارض وتقريره التعارض موجود لان المنافاة متحققة فانه لو اعتبر جانب الام كان مملوكا لسيدها ولو اعتبر جانب الاب لا يكون مملوكا لسيدها فثبتت المنافاة بخلاف (٣٧٦) الولد من المولى فانه للمولى أي جانب اعتبر وقوله (والزوج قد رضي به) جواب عما يقال اذا اعتبر جانب الامة حتى يكون الولد مملوكا لمولاها يتضرر الاب والضرر مدفوع شرعا وتقريره الزوج قد رضي برق الولد حيث أقدم على تزوج الامة عالما بأن الولد يرق به وفيه نظر لان العلم بكون الولد رقيقا بتزوج الامة انما يكون بعد ثبوت هذا الحكم في الشرع وكلامنا في شرعيته وقوله (بخلاف ولد المغرور) ظاهر (وولد الحرة حر على كل حال لان جانبها راجح) على ما ذكرنا (فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية) وانما أورد هذين اللفظين لتغايرهما من حيث الكمال والنقصان فان في المدبر وأم الولد الملك كامل والرق ناقص وفي المكاتب على عكسه فعلى هذا يكون قوله (والتدبير وأمية الولد والكتابة كالتفسير لذلك) والله تعالى أعلم

فيعتق عليه هذا هو الاصل ولامعارض له فيه لان ولد الامة لمولاها (وولدها من زوجها مملوك لسيدها) لترجح جانب الام باعتبار الحضانة أو لاستهلاك مائه بمائها والمنافاة متحققة والزوج قد رضي به بخلاف ولد المغرور لان الوالد ما رضي به (وولد الحرة حر على كل حال) لان جانبها راجح فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية والتدبير وأمومية الولد والكتابة والله تعالى أعلم

حر وان لم يكن تكون لعصبة المولى لان المولى قاتل فلا يستحق الارث وان ضرب لستة أشهر لاشئ عليه لانه عبده كذا ذكر (قوله فيعتق عليه) التحقيق أنه يعلق حرا إلا أنه يعلق مملوكا ثم يعتق كما يقتضيه ظاهر العبارة فانه يجب القطع بأن ابراهيم بن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن قط الا حرا وفي المبسوط الولد يعلق حرا من الماءين لان ماءه حر وماء جاريته مملوك لسيدها فلا تتحقق المعارضة بخلاف ابنه من جارية الغير فان ماءها مملوك لغيره فتتحقق المعارضة فيترجح جانبها بأنه مخلوق من مائها بيقين بخلاف الرجل ولذا لا ينتفي عنها بحال وقد ينتفي عن الاب ويثبت النسب منها بالزنا وبعد الملاعنة حتى يتوارثان دون الاب فكان ماؤها أولى بالاعتبار عند التعارض أو لاستهلاك مائه بمائها لانه في موضعه ويزداد قوة منها الامنه أو ترجح بالحضانة والتربية أو لانه قبل الانفصال كعضو منها حتى قد يقرض بالمقراض ويعتق بعتقها ويستثنى من بيعها والزوج قد رضي برق الولد حيث أقدم على تزوجها مع العلم برقها وفي هذا اجماع حتى لو كان الزوج هاشميا كان ولده هاشميا مرقوقا بخلاف المغرور فانه لم يرض به لعدم علمه فلذا قلنا يعلق حرا في حقه فتجب قيمته (قوله كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية) أورد هذين اللفظين ليفيد تغاير مفهوميهما فالرق هو الذل الذي ركبه الله تعالى على عباده جزاء استنكافهم عن طاعته وهو حق الله تعالى أو حق العامة على ما اختلفوا فيه والملك هو تمكن الانسان من التصرف فيه ما لم يقم به مانع سلب الولاية على نفسه وهو حقه فأول ما يؤخذ الاسير يوصف بالرق لا المملوكية حتى يحرز بدار الاسلام فالملك عام يتعلق بالجماد والحيوان والرق خاص بالانسان

(قوله وفيه نظر لان حق الحضانة الخ) أقول قال المحشي الشهير بيعقوب باشا أجيب بان حق الحضانة حق ثابت للام سواء كانت قبل الولادة أو بعدها فيجوز أن يكون مرجحا لجانب الام والكلام في ترجيحه فيتم كما لا يخفى اه وفيه شئ قال المصنف (فيعتق عليه) أقول قال ابن الهمام الولد يعلق حرا فانه يجب القطع بأن ابراهيم بن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن قط الا حرا لا أنه يعلق مملوكا ثم يعتق كما يعطيه ظاهر العبارة وفي المبسوط الولد يعلق حرا من الماءين اه ولو أجريت العبارة على ظاهرها لم يتفرع على ما سبق كما لا يخفى قال المصنف (هذا هو الاصل) أقول أي كون الولد مخلوقا من ماء الوالدين يكون له دخل فيه هو الكثير الغالب وان كان يقع خلافه قليلا كعيسى وآدم عليهما السلام فلا يرد انه كيف يكون هذا هو الاصل مع ترجيح جانب الام فليتأمل (قوله جواب عما يقال الترجيح يحتاج اليه بعد التعارض الخ) أقول لابد لنا في التعارض من وجه يثبت فيه وليس بظاهر (قوله وفيه نظر لان العلم بكون الولد رقيقا بتزوج الامة انما يكون بعد ثبوت هذا الحكم في الشرع وكلامنا في شرعيته) أقول ولا يخفى عليك انه يتم المرام بعلمه بعد شرعيته

أخر اعتاق البعض عن اعتاق الكل لكونه مختلفا فيه والمتفق عليه أولى بالتقديم (واذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة وقالا يعتق كله وأصله أن الاعتاق يتجزأ عنده فيقتصر على ما أعتق وعندهما لا يتجزأ وهو قول الشافعي) يعني اذا كان المعتق واحدا أو موسرا ان كان العبد مشتركا وأما اذا كان معسرا فالملك الساكت باق كما كان حتى جاز له أن يبيع ويهب على ما يجيء وكل ما لا يتجزأ (فاضافته الى البعض كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله) قال صاحب الميزان المعنى من قولنا الاعتاق يتجزأ ليس هو أن ذات القول يتجزأ أو حكمه يتجزأ لانه محال بل معنى ذلك أن المحل في قبول حكم الاعتاق يتجزأ فيتصور ثبوته في النصف دون النصف وحاصل الخلاف راجع الى ان اعتاق النصف هل يوجب زوال الرق (٣٧٧) عن المحل كله أم لا عنده لا يوجب بل يبقى كل المحل رقيقا ولكن زال الملك بقدره وعندهما يوجب زوال الرق عن الكل (لهم أن الاعتاق اثبات العتق الذي هو قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها الذي هو الرق) لان المحل لا يخلو عن أحدهما فازالة أحدهما توجب اثبات الآخر وهما لا يتجزآن بالاتفاق فكذلك الاعتاق والا لزم تخلف المعلول عن العلة أو تجزي العتق لانه اذا تجزأ فاما أن يثبت باعتاق البعض عتق كل الرقبة أو لا يثبت شئ أو يثبت بعضه وعلى كل من الاولين يلزم تخلف المعلول عن العلة وعلى الاخير يلزم تجزي العتق (فصار) الاعتاق (كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد) في عدم التجزي فان قلت قد تقدم أن الاعتاق عند الشافعي اسقاط كالطلاق فكيف جعله ههنا اثباتا للعتق قلت يجوز أن يكون فعل ذلك بطريق التغليب غلب جهتهما على جهته فقال لهم أن الاعتاق الخ (ولابي حنيفة أن الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك) وهو الوصف الشرعي المطلق للتصرف (أو هو) أي الاعتاق (ازالة الملك) لا اثبات العتق بازالة ضده الذي هو الرق ولا هو ازالة الرق ليلزم عدم التجزي (لان الملك حقه) أي حق المعتق (والرق حق الشرع) لان الكافر لما استنكف أن يكون عبد الله جازاه الله فصيره عبد عبده (أو حق العامة) لان الغانمين كما يقتسمون غير الرقيق يقتسمونه

﴿باب العبد يعتق بعضه﴾

(واذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يعتق كله) وأصله أن الاعتاق يتجزأ عنده فيقتصر على ما أعتق وعندهما لا يتجزأ وهو قول الشافعي رحمه الله فاضافته الى البعض كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله لهم أن الاعتاق اثبات العتق وهو قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها وهو الرق الذي هو ضعف حكمي وهما لا يتجزآن فصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد ولابي حنيفة رحمه الله أن الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك أو هو ازالة الملك لان الملك حقه والرق حق الشرع أو حق العامة

بالانسان وبالبيع يزول عنه ملكه ولا يزول الرق وبالعتق يزول كل منهما لكن زوال الملك قصدا ثم يتبعه الرق ضرورة فراغه بذلك الزوال عن تعلق حقوق العباد برقبته فبين بهما أنه يتبع الام في الخاص والعام ولذا اذا تولد بين المأكول وغير المأكول كالحمار الانسي مع الحمار الوحشي يؤكل واذا تولد بين الوحشي والانسية كالبقرة ينزو عليها حمار وحش يجوز التضحية به ولا اختلاف مفهوميهما فقد يختلفان في الكمية في شخص فهما كاملان في القن ورق أم الولد والمدبر ناقص حتى لا يجوز عتقهما عن الكفارة والملك فيهما كامل والمكاتب عكسه رقه كامل حتى جاز عتقه عن الكفارة وملكه ناقص حتى خرج من يد المولى ولا يدخل تحت قوله كل مملوك لي حر وما أورد من أن الرق لا يقبل التجزي فكيف يقبل النقصان يندفع بأن المراد بنقصان الرق نقصان حاله لا نقصان ذاته والحاصل أن الولد يتبع الام في الحرية والرق والتدبير والكتابة وحكم أمية الولد وفي النسب يتبع الاب وفي الدين يتبع خير الابوين دينا والله سبحانه أعلم

﴿باب العبد يعتق بعضه﴾

لا شك في كثرة وقوع عتق الكل وندرة عتق البعض وفي أن ما كثر وجوده فالحاجة الى بيان أحكامه أمس منها الى ما يندر وجوده وأن دفع الحاجة الماسة مقدم على النادرة فلذا أخر هذا عما قبله (قوله واذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة) وتعتبر قيمته في الحال والاستسعاء أن يؤاجره فيأخذ نصف قيمته من الاجرة ذكره في جوامع الفقه وسيجيء أنه اذا امتنع

﴿باب العبد يعتق بعضه﴾

(قوله أخر اعتاق البعض عن اعتاق الكل لكونه مختلفا فيه الخ) أقول أولا لأن اعتاق الكل أفضل وأكثر ثوابا وأولا لأنه أكثر وقوعا (قوله حتى جاز له أن يبيع ويهب) أقول يعني عبده (قوله أو يثبت بعضه) أقول أي بعض العتق (قوله أن الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك وهو الوصف الخ) أقول قوله وهو راجع الى الملك

(وحكم التصرف مايدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة حقه لاحق غيره) وهذا كما ترى بناء الكلام على أحد أمرين كل منهما مستقل بافادة المطلوب وتقريره الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك والملك متجزئ فالاعتاق كذلك وانما قلنا بانه اثبات العتق بازالة الملك لا بازالة الرق لان الاعتاق تصرف وكل ماهو تصرف لا يتعدى ولاية المتصرف فالاعتاق لا يتعدى ولاية المتصرف وولاية المتصرف انما تكون على ماهو حقه وحقه الملك فولايته انما تكون على الملك وأما أن الملك متجزئ فذلك بالاجماع لكنه تعلق به أمر غير متجز وهو العتق وتعلقه به لا يستلزم تجزئته ولا تجزئة علته كجواز الصلاة فانه أمر غير متجز تعلق بمتجز وهو الاركان وكذلك الطهارة أمر غير متجز تعلق بمتجز وهو غسل الاعضاء المفروضة ولم يستلزم تجزئتها ولا علتها وهي ارادة الصلاة هذا تقرير أحد الامرين وتقرير الآخر الاعتاق ازالة الملك والملك متجز فالاعتاق ازالة متجز وازالة المتجزي متجز وبيان ذلك ماذكرناه وهذا أسهل مأخذا ثم اذا تجزى الاعتاق بزوال بعض الملك احتبس مالية نصف العبد عنده فتجب عليه السعاية (والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده) أي عند أبي حنيفة (لان الاضافة) أي اضافة الاعتاق (الى البعض توجب ثبوت المالكية) للعبد (٣٧٨) (في الكل) باعتبار العتق لأنه لا يتجزأ (وبقاء الملك في بعضه يمنعه) عن ثبوت المالكية في الكل باعتبار الرق فانه لا يتجزأ فقد اجتمع في العبد ما يوجب ثبوت المالكية في الكل وما يوجب بقاء الملك في الكل والعمل بالدليلين ممكن بانزاله مكاتبا فعملنا بهما وجعلناه مكاتبا لان المكاتب مالك يدا ومملوك رقبة كالمستسعى ويجوز أن يكون معناه اذ هو أي معتق البعض مالك يدا الا جل السعاية مملوك رقبة كالمكاتب ويجوز أن يكون معناه اضافة العتق الى البعض توجب ثبوت مالكيته في الكل كما هو قولهما وبقاء الملك في بعضه يمنعه كما هو قول أبي حنيفة فقلنا انه حر يدا مملوك رقبة كالمكاتب عملا بالدليلين واذا كان المستسعى كالمكاتب كانت السعاية كبدل الكتابة (فله أن يستسعيه وله خيار أن يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق) فان قيل لو كان بمنزلة المكاتب لعاد رقيقا اذا عجز أجاب بقوله (غير أنه اذا عجز لا يرد رقيقا لانه اسقاط لا الى أحد) والاسقاط لا الى أحد ليس فيه معنى المعاوضة لأنها انما تتحقق بين اثنين واذا لم يتحقق فيه معنى المعاوضة لا يقبل الفسخ (بخلاف الكتابة المقصودة) فانها اسقاط من المولى الى المكاتب اقدارا على تحصيل بدل الكتابة فكان فيها معنى المعاوضة فيقال ويفسخ وفي بعض النسخ بل

وحكم التصرف مايدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة حقه لاحق غيره والاصل أن التصرف يقتصر على موضع الاضافة والتعدي الى ماوراءه ضرورة عدم التجزي والملك متجزئ كما في البيع والهبة فيبقى على الاصل وتجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده لان الاضافة الى البعض توجب ثبوت المالكية في كله وبقاء الملك في بعضه يمنعه فعملنا بالدليلين بانزاله مكاتبا اذ هو مالك يدا لا رقبة والسعاية كبدل الكتابة فله أن يستسعيه وله خيار أن يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق غير أنه اذا عجز لا يرد الى الرق لانه اسقاط لا الى أحد فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة لانه عقد يقال ويفسخ

عن السعاية فعل ذلك اذا كان له عمل معروف وهو يفيد أن معنى الاستسعاء غير هذا وانما يصار اليه عند امتناعه فتكون الاجارة تنفذ عليه جبرا وظاهر أن هذا اذا عين مقدارا كربعك حر ونحوه فلو قال بعضك حر أو جزء منك أو شقص أمر بالبيان ولو قال سهم منك حر فقياسه في قول أبي حنيفة أن يعتق سدسه كما في الوصية بالسهم من عبده فيسعى في خمسة أسداسه وقوله عتق ذلك القدر تعبير بالعتق عن زوال الملك لا عن زوال الرق فانه عند أبي حنيفة رقيق كله بخلافه في قول المصنف وقالا يعتق كله فانه عن زوال الرق أي وقالا يزول الرق عنه كله ثم قال المصنف رحمه الله بعد وأصله أن الاعتاق يتجزأ عنده فيقتصر على ما أعتق وعندهما لا يتجزأ وهو قول الشافعي يعني فيما اذا كان المولى واحدا أو كان لشريكين والمعتق موسر أما اذا كان لشريكين والمعتق معسر فيبقى ملك الساكت كما كان حتى جاز له بيعه عنده والمراد من تجزي الاعتاق تجزي المحل في قبول حكمه فيثبت في البعض دون البعض والذي يقتضيه النظر أن هذا غلط في تحرير محل النزاع فانهم لم يتواردوا على محل واحد في التجزي وعدمه فان القائل العتق أو الاعتاق يتجزأ لم يرده بالمعنى الذي يريده به قائل انه لا يتجزأ وهو زوال الرق أو ازالته اذ لا خلاف بينهم في عدم تجزيه بل زوال الملك أو ازالته ولا خلاف في تجزيه فلا ينبغي أن يقال اختلف في تجزي العتق وعدمه أو الاعتاق

(قال المصنف وحكم التصرف مايدخل تحت ولاية المتصرف الخ) أقول أي التصرف الذي له حكم هو التصرف الذي يدخل الخ فحكم التصرف من اضافة الصفة الى الموصوف (قوله لان الاعتاق تصرف الى آخر قوله فولايته انما تكون على الملك) أقول فيكون الاعتاق هنا مجازا في الازالة التي هي سببه كما لا يخفى حيث لم يوجد اثبات العتق ولا هو يقدر عليه (قوله ولا علتها) أقول لم يعد الجار جريا على مذهب الكوفيين (قوله وتقرير الآخر الاعتاق الخ) أقول فالاعتاق حينئذ على حقيقته (قوله باعتبار العتق لانه لا يتجزأ) أقول فيه أن العتق لم يحصل بعد عنده (قال المصنف لان الاضافة الى البعض توجب ثبوت المالكية في كله) أقول فيه بحث فان اللازم كما قرره آنفا خلاف ذلك ولعل هذا مستغنى عنه ويكفي في اثبات المطلوب لما كان بعضه مملوكا وبعضه غير مملوك كان كالمكاتب

وليس في الطلاق والعفو عن القصاص حالة متوسطة فأثبتناه في الكل ترجيحا للمحرم والاستيلاد متجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه وفي القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد

بل الخلاف في التحقيق ليس الا فيما يوجبه الاعتاق أولا وبالذات فعنده زوال الملك ويتبعه زوال الرق فلزم تجزي موجبه غير أن زوال الرق لا يثبت الا عند زوال الملك عن الكل شرعا كحكم الحدث لا يزول الا عند غسل كل الاعضاء وغسلها متجزئ وهذا لضرورة أن العتق قوة شرعية هي قدرة على تصرفات شرعية من الولايات كالشهادة والقضاء والبيع والانكاح بنته ونفسه ولا يتصور ثبوت هذه في بعضه شائعا فقطع بعدم تجزيه والملك متجزئ قطعا فلزم ما قلنا من زوال الملك عن البعض ويتوقف زوال الرق على زوال الملك عن الباقي وحينئذ فينبغي أن يقام الدليل من الجانبين على أن الثابت به أولا زوال الملك أو الرق لانه محل النزاع والوجه منتهض لابي حنيفة أما المعنى فلان تصرف الانسان يقتصر على حقه وحقه الملك أما الرق فحق الله أو حق العامة على ما تقدم فيلزم أن الثابت بالاعتاق زوال الملك أولا ثم يزول الرق شرعا اتفاقا اذا زال لا الى مالك وبهذا يندفع ما قيل زوال الملك لا يسمى اعتاقا والا لكان البيع والهبة اعتاقا فانه انما يلزم لو كان البيع والهبة ازالة الملك لا الى مالك لان ذلك هو المسمى بالعتق لا لازالة الملك كيفما كان وأما السمع فما في الصحيحين وغيرهما من حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق العبد عليه والا فقد عتق منه ما عتق أفاد تصور عتق البعض فقط وقول أيوب لا ندري أشيء قاله نافع أو هو شيء في الحديث لا يضر اذ الظاهر بل الواجب أنه منه اذ لا يجوز ادراج مثل هذه من غير نص قاطع في افادة أنه ليس من كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يوجب في الحديث علة قادحة وكذا ما رواه البخاري أيضا عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شقصا في مملوك فخلاصه عليه في ماله ان كان له مال والا قوم عليه فاستسعى به غير مشقوق عليه أي لا يغلى عليه الثمن أفاد عدم سراية العتق الى الكل بمجرد عتق البعض والا لكان قد خلص قبل تخليص المعتق هذا هو الظاهر وأما ما روى لهما من حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم من أعتق نصيبا له في مملوك أو شركا له في عبد فكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة عدل فهو عتيق وفي لفظ فقد عتق كله فانما يقتضي عتق كله اذا كان له مال يبلغ قيمته وليس مدعاهما ذلك بل أنه يعتق كله بمجرد اعتاق بعضه كان له مال أولا فقد أفادت الاحاديث أن العتق مما يقتصر ولا يستلزم وجوده السراية وان وردت في العبد المشترك واستدل أيضا بدلالة الاجماع وهو أن المعتق اذا كان معسرا لا يضمن بالاجماع ولو كان اعتاق البعض اعتاقا للكل واتلافا له لضمن مطلقا كما اذا أتلفه بالسيف أو بالشهادة به لانسان ثم رجع بعد القضاء فانه يضمن موسرا كان أو معسرا لكن قد يقال في هذا ان السعاية تقوم مقامه فلا يتعين وحيث ثبت الاقتصار لزم أن يكون المراد بالعتق في قوله عليه السلام فقد عتق منه ما عتق زوال الملك وكذا يلزم في قول كل من نقل عنه القول بتجزيه كالحسن وهو مروي عن علي وعمر بخلاف ما قيل ان قول عمر قولهما فقد أسند الطحاوي الى عبد الرحمن بن يزيد قال كان لنا غلام شهد القادسية فأبلى فيها وكان بيني وبين أمي وأخي الاسود فأرادوا اعتاقه وكنت يومئذ صغيرا فذكر الاسود ذلك لعمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال اعتقوا أنتم فاذا بلغ عبد الرحمن ورغب فيما رغبتم فيه أعتق والا ضمنكم أثبت لعبد الرحمن الاعتاق بعد بلوغه بعد أن ثبت في العبد اعتاقهم وانما قلنا ذلك لان الرق لا يتجزأ زوالا عند أحد فلزم المطلوب وهو أن النازل بالاعتاق بالذات زوال الملك واذا ثبت ذلك لزم في اعتاق بعض العبد الخاص به أن يعتق ذلك القدر أي يزول ملكه عنه ويبقى كمال الرق فيه كله وهو المسئلة المتكلم فيها واذا ظهر أن ما زال بالاعتاق هو الملك والرق ثابت في كله

لانه اسقاط لا الى أجل يعني بخلاف الكتابة المقصودة فان الاسقاط فيها الى أجل وهو وقت أداء البدل وقوله (وليس في الطلاق والعفو عن القصاص حالة متوسطة) جواب عن قولهم فصار كالطلاق والعفو عن القصاص ووجهه أنا لم نثبت العتق في الكل لامكان العمل بالدليلين بوجود حالة متوسطة بين الحرية والرق وهي الكتابة يصار اليها وليس في الطلاق والعفو ذلك (فأثبتناه في الكل ترجيحا للمحرم وأما الاستيلاد فهو متجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه) حتى لو مات المستولد عتق من جميع ماله فان قيل لو كان الاستيلاد متجزئا لاطرد في القنة أيضا أجاب بأنه انما لم يتجزأ في القنة لان المستولد لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد وصار كأنه استولد جارية نفسه لا لأن الاستيلاد عنده غير متجز

(قوله وهو وقت أداء البدل) أقول فيه بحث والظاهر وهو وقت العجز (قوله حتى لو مات المستولد عتق من جميع ماله) أقول ولو مات المدبر عتق من ثلث ماله

(واذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق فان كان موسرا فشريكه بالخيار ان شاء أعتق وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وان شاء استسعى العبد فان ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وان أعتق أو استسعى فالولاء بينهما وان كان المعتق معسرا فالشريك بالخيار ان شاء أعتق وان شاء استسعى العبد والولاء بينهما فى الوجهين وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله

ولازمه شرعا أن لا يبقى فى الرق لزم أن يسعى العبد فى باقى قيمته لاحتباس مالية الباقى عنده ومالم يؤد السعاية فهو كالمكاتب حيث يتوقف عتق كله على أداء البدل وكونه أحق بمكاسبه ولا يد للسيد عليه ولا استخدام وكونه رقيقا كله الا أنه يخالفه فى أنه لو عجز لا يرد الى الاستخدام بخلاف المكاتب بسبب أن المستسعى زال الملك عن بعضه لا الى مالك صدقة عليه به وانما يلزم المال ضرورة الحكم الشرعى وهو تضمينه قسرا بخلاف المكاتب فان عتقه فى مقابلة التزامه بعقد باختياره يقال و يفسخ بتعجيزه نفسه وعلى هذا ما اذا أعتق أمة مشتركة بينه وبين آخر ثم ولدت فللشريك أن يضمن المعتق القيمة عن نصيبه يوم أعتق ولا يضمنه شيأ من قيمة الولد لانه ما صنع فى الولد شيأ ولانه لم يثبت حق الشريك فى الولد لانها كانت مكاتبة حين ولدت والمكاتبة أحق بولدها كما أنها أحق بكسبها والاعتراض بأنه ليس كالمكاتب لهذا الفرق ليس بشئ لان التشبيه لا يستلزم عموم وجه الشبه فيه واذا تحققت ما ذكرناه من محل النزاع ظهر لك أن ما ذكروا من الحاقهم بالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد غير مفيد لانه ان أريد الحاق ازالة الرق بها فى عدم التجزى فغير محل الخلاف للاتفاق على أن الرق لا يتجزأ وان أريد الحاق ازالة الملك بها فيه فغير صحيح لانهم وغيرهم لا يقولون بأنه لا يتجزأ وأقصى ما يمكن فى تقريره أن يجعل الحاقا لزوال الملك لا الى مالك فى عدم التجزى بان يتنزل و يدعى أن المتجزئ زوال الملك الى مالك لا الى غير مالك الحاقا بالامور المذكورة فان فى الطلاق زوال ملك لا الى مالك وفى العفو زوال حق لا الى مستحق آخر والاستيلاد زوال ملك كذلك أعنى ملك بيعها وهبتها والجواب أولا أنه الحاق بلا جامع لان عدم التجزى فى الاصول لعدم التصور اذ لا يمكن نصف المرأة منكوحة ونصفها مطلقة ولا نصفها مستولدا ونصفها لا ولا اسقاط نصف حق القتل فان القتل بثبوت حقه لا نصفه فمعه لا يثبت وهو معنى سقوط القصاص وليس عدم التجزى فيها لان الزوال لا الى مالك بل لا أثر لكون الزوال الى مالك أو لا اليه بخلاف زوال ملك الرقبة وهذا معنى قول المصنف (وليس فى الطلاق والعفو حالة متوسطة) أى ليس فيهما الا زوال كليهما أو بقاؤهما (فأثبتناه فى الكل) أى فأثبتنا زوال الملك فى الكل (ترجيحا للمحرم) وهو الحرمة فانه اجتمع فيهما موجب الحرمة وهو الطلاق والعفو وموجب الحل وهو عدم اتصاف البعض به وأما الاستيلاد فتجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة اقتصر عليه حتى لو مات المستولد تعتق من جميع ماله ولو مات المدبر عتقت من ثلث ماله وانما كمل فى القنة لانه لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه من حين الاستيلاد فصار مستولدا جارية نفسه فثبت عدم التجزى ضرورة (قوله واذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق) أى زال ملكه عنه (فان كان) المعتق (موسرا فشريكه بالخيار ان شاء أعتق نصيبه) منجزا أو مضافا وينبغى اذا أضافه أن لا تقبل منه اضافته الى زمان طويل لانه كالتدبير معنى ولو دبره وجب عليه السعاية فى الحال فيعتق كما صرحوا به فينبغى أن يضاف الى مدة تشاكل مدة الاستسعاء (وان شاء ضمن المعتق) قيمته اذا لم يكن باذنه فان كان باذن الشريك فلا ضمان عليه له (وان شاء استسعى العبد) فيها (فان ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وان أعتق أو استسعى فالولاء بينهما فى الوجهين) أى فى الاعتاق والسعاية (وهذا) كله (عند أبى حنيفة رحمه الله) هكذا ذكر فى الاصل وذكر فى الكفاية خمس خيارات هذه الثلاثة وأن يدبره وعلمت حكمه أن يستسعى وأن يكاتبه وهو يرجع الى معنى الاستسعاء ولو عجز استسعى ولو امتنع العبد عن السعاية يؤاجره جبرا ويدل على أن الكتابة فى معنى الاستسعاء أنه لو كاتبه على أكثر من قيمته ان كان من النقدين

قال (واذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق) وكلامه واضح ونوقش مناقشة لفظية وهى أن أبا حنيفة لا يثبت عنده شئ من العتق فما وجه صحة قوله عتق وأجيب بان المراد به ثبت استحقاق العتق أو زال ملك الشريك مع بقاء الرق فى كل العبد وقوله (فالولاء بينهما) يشير الى أن الاختلاف فى صفة السبب بان يكون اعتاق أحدهما بمال واعتاق الآخر بدونه لا ينافى ثبوت الولاء بينهما جميعا

لا يجوز الا أن يكون قدرا يتغابن الناس فيه لان الشرع أوجب السعاية على قيمته فلا يجوز الاكثر وكذا لو صالحه على عوض أكثر وان كاتبه على عروض قيمتها أكثر من قيمته جاز ولو كان الساكت صبيا والمعتق موسرا فالخيار بين التضمين والسعاية لوليه والتضمين أولى لانه أنظر ولو لم يكن له ولى انتظر بلوغه ليختار قيل هذا فى موضع ليس فيه قاض فان كان فى موضع فيه قاض نصب القاضى له قيما ليختار التضمين أو الاستسعاء وليس للولى اختيار العتق لانه تبرع بمال الصبى وكذا لو كان مكان الصبى مكاتب أو عبد مأذون ليس لهما الا التضمين أو الاستسعاء أما المكاتب فان له أن يكاتب والاستسعاء بمنزلة الكتابة وأما العبد المأذون فالقياس أن يكون له حق التضمين فقط لان الاستسعاء بمنزلة الكتابة وليس للعبد المأذون أن يكاتب ولكن قال سبب الاستسعاء قد تقرر وهو عتق الشريك على وجه لا يمكن ابطاله وربما يكون الاستسعاء أنفع من التضمين فلهذا ملك المأذون ذلك وان كان لا يملك الكتابة ابتداء واذا اختار المكاتب أو المأذون التضمين أو الاستسعاء فولاء نصيبهما لمولاهما لانهما ليسا من أهل الولاء فيثبت الولاء لاقرب الناس اليهما وهو المولى وان لم يكن على العبدين فالخيار للمولى لان كسبه مملوك للمولى فى هذه الحالة وتقدير القيمة يوم الاعتاق فلو كان فيه صحيحا ثم عمى يجب نصف قيمته صحيحا ولو قلبه لو كان أعمى يوم العتق فانجلى بياض عينيه يجب نصف قيمته أعمى لانه حال ثبوت سبب الضمان وكذا يعتبر اليسار والاعسار وقت العتق فلو كان موسرا وقت العتق فأعسر لا يسقط عنه الضمان ولو كان معسرا فأيسر لا ضمان ولو اختلفا فى قيمته يوم أعتقه فان كان العبد قائما نظر الى قيمته يوم ظهر العتق حتى اذا لم يتصادقا على العتق فيما مضى يقوم للحال لان العتق حادث فيحال على أقرب أوقات ظهوره وكذلك ان أراد أن يستسعى العبد ولو تصادقوا على وقت العتق واختلفوا فى قيمته فى ذلك الوقت فالقول قول المعتق كالغاصب لانه ضامن وينكر الزيادة ولو اختلفا فى اليسار والاعسار فقال المعتق أعتقت وأنا معسر وقال الشريك بل وأنت موسر نظر الى حاله يوم ظهر العتق إما لانه كالمنشئ للعتق فى الحال أو لانه لما وقع الاختلاف فيما مضى يحكم الحال فان كان فى الحال موسرا فالظاهر شاهد لمن يدعى اليسار فيما مضى وان كان معسرا فى الحال فالظاهر شاهد لمن يدعى العسرة فيما مضى وهو كالمستأجر مع رب الطاحونة اذا اختلفا فى جريان الماء فى المدة يحكم الحال ولو تصادقا على أن العتق كان سابقا عليه فى مدة يختلف حاله فيه فالقول قول المعتق فى انكار يساره لانه ينكر المعنى الموجب للضمان واذا كان موسرا يوم أعتقه فاختار الشريك ضمانه ثم بدا له أن يبرئه ويستسعى الغلام لم يكن له ذلك وروى ابن سماعة عن محمد أنه ان قضى القاضى له بالضمان أو رضى به المعتق فليس له أن يستسعى الغلام بعد ذلك والا فله قيل ماذكر فى الاصل من الاطلاق محمول على ذلك التفصيل وقيل بل فى المسئلة روايتان ولو مات الساكت قبل أن يختار شيأ فلورثته من الخيار ما كان له لانهم قائمون مقامه بعد موته وليس هذا توريث الخيار بل المعنى الذى أوجب الخيار للمورث ثابت للورثة فان شاؤا أعتقوا وان شاؤا استسعوا العبد وان شاؤا ضمنوا المعتق فان ضمنوه فالولاء كله للمعتق لانه باداء الضمان اليهم يملك نصيبهم كما كان يملك بالاداء الى المورث وان اختاروا الاعتاق أو الاستسعاء فالولاء فى هذا النصيب للذكور من أولاد الميت دون الاناث لان معتق البعض كالمكاتب والمكاتب لا يورث عينه وانما يورث ما عليه من المال فيعتق نصيب الساكت على ملكه والولاء يكون له فيخلفه فى ذلك الذكور من أولاده دون الاناث اذ الولاء لا يورث وان اختار بعض الورثة السعاية وبعضهم الضمان فلكل واحد منهم ما اختار من ذلك لان كل واحد منهم فيما ورث قائم مقام الميت وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه ليس لهم ذلك الا أن يجتمعوا على التضمين أو الاستسعاء قال فى المبسوط هذا هو الاصح لانه صار كالمكاتب لا يملك بالارث فكذلك هم لا يملكون نصيب الساكت بعد موته والدليل عليه فصل الولاء الذى تقدم لا يثبت لهم بالاعتاق ابتداء

وقوله (لهما في الثاني) يعني أن يسار المعتق يمنع السعاية (قوله صلى الله عليه وسلم في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الآخر) والقياس فيه أحد الامرين اما وجوب الضمان على المعتق موسرا كان أو معسرا لانه باعتاق نصيبه مفسد على الشريك نصيبه بانه يتعذر عليه استدامة (٣٨٣) ملكه والتصرف في نصيبه وضمان الافساد لا يختلف باليسار والاعسار واما عدم وجوب الضمان على المعتق بحال لانه متصرف في نصيب نفسه والمتصرف في ملكه لا يكون متعديا ولا يلزمه الضمان وان تعدى ضرر تصرفه الى ملك الغير كمن سقى أرضه فنزت أرض جاره أو أحرق الحصائد في أرضه فاحترق شئ من ملك جاره ولكنهما تركا القياس بالحديث المروي رواه نافع عن ابن عمر ومثله روى عروة عن عائشة ووجه الاستدلال أنه (قسم والقسمة تنافي الشركة) ووجه قول أبي حنيفة على ما ذكره في الكتاب ظاهر

(قال المصنف لهما في الثاني قوله عليه الصلاة والسلام الى قوله تنافي الشركة) أقول وأجاب صاحب الكافي بأن في الحديث بيان أن الضمان يجب على المعتق عند يساره وذا لا ينفي وجوب السعاية على العبد لوصف التجيز وفائدة التسمية في نفي الضمان لو كان فقيرا اهـ واعترض عليه ابن الهمام بأن هذه القسمة كما تفيد نفي الضمان لو كان فقيرا تفيد نفي الاستسعاء لو كان موسرا

وقالا ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد والولاء للمعتق) وهذه المسئلة تبتني على حرفين أحدهما تجزي الاعتاق وعدمه على ما بيناه والثاني أن يسار المعتق لا يمنع سعاية العبد عنده وعندهما يمنع لهما في الثاني قوله صلى الله عليه وسلم في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الآخر قسم والقسمة تنافي الشركة

ولكنهم خلفاء المورث يقومون مقامه وليس للمورث أن يختار التضمين في البعض والسعاية في البعض فكذا الورثة ولو لم يمت الساكت ولكن مات العبد قبل أن يختار الساكت شيأ فله أن يضمن المعتق قيمة نصيبه ان كان موسرا وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه ليس له أن يضمنه قيمة نصيبه بعد موت العبد لان نصيبه من العبد باق على ملكه والضمان غير متعين على المعتق ما لم يختر ضمانه فاذا هلك على ملكه فليس له أن يقرر الضمان على شريكه بعد ذلك وهذا لان صحة اختيار التضمين معلق بشرط هو أن يملك نصيبه منه بالضمان وقد فات هذا الشرط بموته لان الميت لا يحتمل التمليك وجه ظاهر الرواية أن وجوب الضمان عليه بالاعتاق لان السبب وهو الافساد قد تحقق به فكان بمنزلة الغصب وموت العبد بعد الغصب لا يمنع من تضمين الغاصب وهذا لان تضمينه من وقت العتق وكان محلا للتمليك عند ذلك بخلاف ما لو باع نصيبه أو وهبه على عوض حيث لا يجوز في الاستحسان وان كان القياس جوازه كالتضمين لان هذا تمليك للمال وهو غير محل له وفي جامع قاضيخان لو أعتق أحد الشريكين في مرض موته وهو موسر ثم مات لا يؤخذ ضمان العتق من تركته في قول أبي حنيفة رحمه الله بل يسقط لان الضمان يجب بطريق التحمل صلة والصلات تسقط بالموت وعندهما يؤخذ به لانه ضمان اتلاف وانما عرف استسعاء العبد عند عسرته بالنص بخلاف القياس (قوله وقالا ليس له) أي الساكت (الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد اذا ضمن والولاء للمعتق) قال المصنف (وهذه المسئلة تبتني على حرفين أحدهما تجزي الاعتاق) عنده (وعدمه) عندهما فيسعى وهو حر مديون وتقدم بيانه (والثاني أن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنع) لهما فيه أن جميع النصوص التي ظاهرها تجزي الاعتاق كقوله فقد عتق منه ما عتق وحديث فعليه خلاصه في ماله وقوله عليه الصلاة والسلام من أعتق عبدا بينه وبين آخر قوم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطط ثم عتق عليه في ماله ان كان موسرا في الصحيحين وكذا ما انفرد به البخاري عن مسلم من أعتق عبدا بين اثنين فان كان موسرا قوم عليه ثم يعتق والتي ظاهرها عدم تجزيه كحديث أبي المليح عن أبيه أن رجلا أعتق شقصا له من غلام فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ليس لله شريك وأجاز عتقه رواه أحمد وأبو داود وزاد رزين في ماله وفي لفظ هو حر كله ليس لله شريك وحديث البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما عنه صلى الله عليه وسلم من أعتق نصيبا له في مملوك أو شركا له في عبد وكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة العدل فهو عتيق كلها تفيد أن الحكم الثابت عند يساره التضمين ليس غير ولذا اختار الطحاوي قولهما ووجهه أنه قسم فجعل الحكم عند يساره تضمينه وعند اعساره الاستسعاء والقسمة تنافي الشركة واستدل لابي حنيفة رحمه الله بقوله

بعين الجهة التي تفيدها تلك الافادة وأجاب صاحب العناية أيضا بأن النبي صلى الله عليه وسلم قسم على وجه (انه) الشرط والمعلق بالشرط يقتضي الوجود عند الوجود ولا يقتضي العدم عند العدم فجاز أن تثبت السعاية عند وجود الدليل وان كان موسرا وقد وجد ذلك على ما ذكر من وجه أبي حنيفة اهـ وفيه بحث (قوله ولكنهما تركا القياس الخ) أقول ويمكن أن يقال تركا القياس للتعارض أيضا فليتأمل وفي الكافي فعملا بالقياس في الحالين لكن عملا بهما

وله أنه احتبست مالية نصيبه عند العبد فله أن يضمنه كما اذا هبت الريح فى ثوب انسان وألقته فى صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسرا كان أو معسرا لما قلنا فكذا ههنا الا أن العبد فقير فيستسعيه

(أنه) أى الساكت (احتبست) على البناء للفاعل (مالية نصيبه عند العبد فله أن يضمنه) وان وقع احتباسها عنده بغير اختياره (كما اذا هبت الريح فألقت ثوب انسان فى صبغ غيره فانصبغ به فان لصاحب الصبغ أن يضمن مالك الثوب قيمة صبغه موسرا كان أو معسرا لما قلنا الا أن العبد فقير فيستسعيه) ويأخذ فضل كسبه كالمعسر المديون وهذا يفيد أن تضمين المعتق على خلاف القياس لانه اذا كان القياس تضمين العبد كان تضمين غيره غيره وهذا لانه وان حصل افساد نصيبه بعتقه الاختيارى لكنه تصرف فى ملك نفسه فصار كما اذا هدم داره فانهدمت لذلك دار جاره وأورد عليه أنه معارضة للنصوص بالتعليل فانها أوجبت السعاية اذا كان المعتق معسرا الا اذا كان موسرا وأجيب بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود ولا يوجب العدم عند العدم فلا يلزم نفى الاستسعاء عند نفى الاعسار فجاز أن يثبت عند عدمه أيضا بالدليل وهو ماذكرنا من الاحتباس كذا أورده شارح وأجاب والتحقيق فى ايراده أن النصوص قسمت فأعطت حكم وجود الشرط وحكم عدمه فقال عند اليسار التضمين وعند عدمه وهو الاعسار الاستسعاء والقسمة تفيد اختصاص كل قسم بحكمه فلا يوجد الاستسعاء عند اليسار كما لا يوجد التضمين عند الاعسار وحينئذ يندفع ذلك الجواب وقد أجيب أيضا بنحوه وهو أن القسمة ذكرت بلفظ الشرط وهو انما يقتضى الوجود عند الوجود وحقيقة هذا الجواب منع أن القسمة تنافى الشركة مطلقا بل ذلك اذا لم تكن بشرطين بل بشرط واحد مثل قوله عليه الصلاة والسلام واذا قال سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد وليس بشئ اذ لا أثر لتعدد الشرط ووحدته فى اختلاف حكم القسمة وفى الكافى جعل فائدة القسمة نفى الضمان لو كان فقيرا ولا يخفى أن هذه القسمة كما تفيد نفى الضمان لو كان فقيرا تفيد نفى الاستسعاء لو كان موسرا بعين الجهة التى تفيد بها تلك الافادة فان قيل فمن أى وجه أفادت القسمة نفى الشركة فالجواب أنه لما أعطى فيها حكم الشرط وحكم نقيضه كان ظاهرا فى أن المذكور مع كل من النقيضين تمام حكمه فلا يكون له حكم آخر غيره وغاية ما يمكن أن يقال ان اقتصار الشارع على التضمين عند اليسار لانه المحتاج الى بيانه اذ كان على خلاف الدليل الظاهرى وذلك أن الدليل وهو الاحتباس يقتضى قصر الاستسعاء على عتق الشريك سواء كان موسرا أو معسرا فلا يجوز تضمين المعتق فبين الشارع موضع مخالفته وهو التضمين فى صورة اليسار وترك الآخر وهو جواز استسعاء العبد فيها لان الدليل منصوب عليه وهذا لان الدليل أفاد جواز الاستسعاء مقصورا فنفى القصر وبقى جوازه ولا يخفى ان فى هذا تقليل معارضة الدليلين لانه فى قصر الجواز على الاستسعاء أقل منه فى نفى أصل جوازه وهذا الاعتبار واجب ما أمكن وتحقيقه أن النص ورد مخصصا للقياس اذ بين بشرعية التضمين مع اليسار أن تعين الاستسعاء انما هو فى غير ما اذا كان المقصود التقرب الى الله تعالى بنفس التصرف فى المحل أما اذا كان وله قدرة على اتمامها وجب كالشروع فى صوم التطوع خصوصا وعدم اتمامها يوجب اتعابا للآخر وهو العبد بخلاف ما اذا لم يكن قادرا فانه لا يلزمه ويكتب له ثواب ما قدر عليه من القربة وأما على قولهما فالنص على وفق القياس على ماذكرنا من أن الاستسعاء عندهما على خلاف القياس فى صورة الاعسار بناء على أنه ضمان اتلاف وهو بعيد عن التوجيه اذ لا شك فى أن عتق ما يملكه مشروع وعبادة والاتلاف وقع باتفاق الحال وهو لا يوجب ضمانا لانه ليس جناية على الغير وان فسدت مالية باقى العبد كمن هدم جداره فانهدم جدار غيره فالحق أن القياس ليس الا الاستسعاء والنص خصصه وفى المسئلة قول الثورى والليث أن الساكت بالخيار ان شاء أعتق وان شاء ضمن ولا سعاية أصلا وسبب هذا

وقوله (لما قلنا) يريد به قوله أنه احتبست مالية نصيبه وقوله (الا أن العبد فقير فيستسعيه) قيل عليه اذا سعى فالقياس أن يرجع على المعتق لانه هو الذى ورطه وصار كالعبد المرهون فانه يرجع على الراهن بما سعى وأجيب بان عسرة المعتق تمنع وجوب الضمان عليه للساكت فكذلك تمنعه للعبد والعبد انما سعى فى بدل رقبته وماليته وقد سلم له ذلك فلا يرجع به على أحد بخلاف المرهون فان سعايته ليست فى بدل رقبته بل فى الدين انما ثبت فى ذمة الراهن ومن كان مجبرا على قضاء دين فى ذمة الغير من غير التزام من جهته يثبت له حق الرجوع به عليه كما فى معير الرهن فان قيل ماذكر من وجه أبى حنيفة فانما هو قياس فى مقابلة النص وهو باطل أجيب بان النبى عليه الصلاة والسلام قسم على وجه الشرط لانه صلى الله عليه وسلم علق الاستسعاء بفقر المعتق وهو لا ينافى الاستسعاء عند عدمه لان المعلق بالشرط يقتضى الوجود عند الوجود ولا يقتضى العدم عند العدم فجاز أن تثبت السعاية عند وجود الدليل وان كان موسرا وقد وجد ذلك على ماذكرنا من وجه أبى حنيفة

(قوله أجيب بان النبى صلى الله عليه وسلم الخ) أقول فيه بحث

ثم المعتبر يسار التيسير وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لا يسار الغنى لان به يعتدل النظر من الجانبين بتحقيق ما قصده المعتق من القربة وايصال بدل حق الساكت اليه ثم التخريج على قولهما ظاهر فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه فى حالة اليسار والولاء للمعتق لان العتق كله من جهته لعدم التجزى وأما التخريج على قوله فخيار الاعتاق لقيام ملكه فى الباقى اذ الاعتاق يتجزأ عنده

القول إعلالهم لفظ السعاية فى حديث أبى هريرة قال النسائى أثبت أصحاب قتادة شعبة وهشام الدستوائى وسعيد بن أبى عروبة وقد اتفق شعبة وهشام على خلاف سعيد بن أبى عروبة يعنى فى ذكر السعاية قال وبلغنى أن هماما روى هذا الحديث عن قتادة فجعل الكلام الاخير وان لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه من قول قتادة وقال عبد الرحمن بن مهدى أحاديث همام عن قتادة أصح من حديث غيره لانه كتبها املاء وقال الدارقطنى سمعت أبا بكر النيسابورى يقول ما أحسن ما رواه همام وضبطه فصل قول النبى صلى الله عليه وسلم من قول قتادة ورواه ابن أبى عروبة وجرير بن حازم عن قتادة فجعلا الاستسعاء من قول النبى صلى الله عليه وسلم وأحسبهما وهما فيه لمخالفة شعبة وهشام قال الخطابى اضطرب سعيد بن أبى عروبة فى السعاية فمرة يذكرها ومرة لا يذكرها فدل على أن ذلك ليس من متن الحديث ويدل على صحة ذلك حديث ابن عمر فى الستة عنه عليه السلام من أعتق شركا له فى عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق منه ما عتق قال صاحب تنقيح التحقيق فيما قالوه نظر فان سعيد بن أبى عروبة من الأثبات فى قتادة وليس هو بدون همام عنه وقد تابعه جماعة على ذكر الاستسعاء فيه ورفعه الى النبى صلى الله عليه وسلم وهم جرير بن حازم وأبان بن يزيد العطار وحجاج بن أرطاة ويحيى بن صبيح الخراسانى وقال الشيخ تقى الدين وقد أخرجه الشيخان فى صحيحيهما وحسبك بذلك يعنى برفعهما الاستسعاء وفى المسئلة مذاهب أخرى ضعيفة مثل أنه لا يعتق شئ أصلا ولو باذن الشريك وأنه لا يعتق الباقى ويستمر على مملوكيته وأن له التضمين وان كان معسرا وهو منقول عن زفر وبشر المريسى وأنه يعتق الباقى من بيت المال وهو قول ابن سيرين (قوله ثم المعتبر يسار التيسير وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الساكت) وهو ظاهر الرواية وهو قول الشافعى ومالك وأحمد وفى رواية الحسن استثنى الكفاف وهو المنزل والخادم وثياب البدن (لا يسار الغنى) أى الغنى المحرم للصدقة كما اختاره بعض المشايخ (لان بيسار التيسير يعتدل النظر من الجانبين) جانب المعتق وجانب الساكت لان مقصود المعتق القربة وتتميمها بضمانه ومقصود الساكت بدل حصته وتحقيقه بالضمان لانه أسرع من الاستسعاء فكان اعتبار نصاب التيسير أسرع فى تحقيق مقصودهما فوجب وهذا فى الحقيقة تعليل للنص والا فصريح النص أوجب الضمان عند مجرد تملك قيمة الحصة لانه المراد بقوله عليه السلام وكان له مال يبلغ ثمن العبد باتفاق المتكلمين عليه (قوله ثم التخريج على قولهما) أى تخريج تفصيل المسئلة على قولهما (فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية على العبد فى حالة اليسار) فلم يكن الضمان منقولا اليه تماما وجب على العبد بل هو شئ واجب عليه ابتداء فلا وجه لرجوعه على غيره وأما جعلهما الولاء كله للمعتق للحصة فلأن العتق كله من جهته لعدم التجزى فكان اعتاق بعضه اعتاق كله ويسعى فى حالة اعساره حرا مديونا وأما التخريج على قول أبى حنيفة فاثباته خيار الاعتاق للساكت لقيام ملكه فى الباقى اذ الاعتاق متجزء عنده فلا يعتق الباقى

وقوله (ثم المعتبر يسار التيسير وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لا يسار الغنى وهو ملك النصاب) هذا هو ظاهر الرواية ولم يستثن الكفاف وهو المنزل والخادم وثياب البدن والحسن قد روى استثناءه وتعتبر قيمة العبد فى الضمان والسعاية يوم العتق وكذا حال المعتق فى يساره واعساره فان قال المعتق أعتقت وأنا معسر وقال الساكت بخلافه نظر اليه يوم ظهر العتق كما فى الاجارة اذا اختلفا فى انقطاع الماء وجريانه وقوله لا يسار الغنى اشارة الى نفى ما ذهب اليه بعض أصحابنا أن الشرط يسار الغنى حتى لو ملك قدر نصيب الشريك وهو أقل من النصاب كان معسرا اعتبارا لليسار المعهود وقوله (لان به) أى بيسار التيسير (يعتدل النظر من الجانبين) جانب المعتق والساكت (بتحقيق ما قصده المعتق من القربة وايصال بدل حق الساكت اليه) وهذا لان قصد المعتق بالاعتاق القربة وتمام ذلك بعتق ما بقى وذلك انما يحصل بايصال حق الساكت اليه واذا ملك مقدار حقه من المال تمكن من اتمام قصده وايصال بدل حق الساكت اليه فلا معنى للعدول الى غيره وقوله (ثم التخريج على قولهما ظاهر) يعنى اذا علم أن هذه المسئلة مبنية على حرفين أى أصلين بقى الكلام فى التخريج وهو على قولهما ظاهر لان الاعتاق اذا لم يكن متجزئا كان المعتق موقعا للعتق فى النصيبين جميعا ويساره مانع عن السعاية فوجب عليه الضمان وانتفت السعاية فلا يرجع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه فى حال اليسار للاصل الثانى فلا رجوع اذا كان عليه السعاية (والولاء للمعتق لان العتق كله من جهته) للاصل الاول (وأما التخريج على قوله فخيار الاعتاق) للشريك بناء على الحرف الاول لان الاعتاق اذا كان متجزئا كان ملكه فى الباقى قائما فجاز اعتاقه

وأما التضمين فلأن المعتق جان عليه بإفساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة وغير ذلك مما سوى الإعتاق وتوابعه من التدبير والكتابة ولقائل أن يقول التضمين على مذهبه لا يعتمد على أحد الأصلين أما على الأصل الثاني فظاهر وأما على الأصل الأول فلأن التجزي إن لم يكن مانعا عن الضمان فلا يكون موجبا له والجواب أن الحرفين

مبنى المسئلة من حيث المذهبان لا من حيث كل واحد منهما والضمان في مذهبهما معتمد على عدم التجزي لا محالة على أنا نقول إن التجزي أن لم يوجب الضمان من حيث هو تجز يوجبه من حيثية أخرى وهو إفساد النصيب فكان معتمدا عليه في الجملة وقوله (والاستسعاء) معطوف على قوله والتضمين وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله وله أنه احتبست مالية نصيبه عند العبد وهو مبني على الأصل الثاني (ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لأنه قام مقام الساكت بأداء الضمان وقد كان له ذلك) أي أخذ القيمة (بالاستسعاء) بناء على الأصل الثاني فكذا من قام مقامه كالمدبر إذا قتل في يد الغاصب وضمن القيمة كان له أن يرجع بما ضمن على القاتل (ولأنه ملكه بأداء الضمان ضمنا فصار كأن الكل له وقد أعتق بعضه فله أن يعتق الباقي أو يستسعي إن شاء) وقوله ضمنا جواب عما يقال المكاتب لا يقبل النقل والمستسعى كالمكاتب فكيف قبل ذلك وتقريره أن ذلك ضمني والضمنيات لا تعتبر وقوله (والولاء للمعتق في هذا الوجه) يعني إذا ضمن المعتق وهو ظاهر وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله احتبست مالية نصيبه وقوله (ولا يرجع المستسعى على المعتق) ظاهر وقد قدمناه جوابا بالسؤال

والتضمين لأن المعتق جان عليه بإفساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى الإعتاق وتوابعه والاستسعاء لما بينا ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لأنه قام مقام الساكت بأداء الضمان وقد كان له ذلك بالاستسعاء فكذلك للمعتق ولأنه ملكه بأداء الضمان ضمنا فيصير كأن الكل له وقد أعتق بعضه فله أن يعتق الباقي أو يستسعي إن شاء والولاء للمعتق في هذا الوجه لأن العتق كله من جهته حيث ملكه بأداء الضمان وفي حال إعسار المعتق إن شاء أعتق لبقاء ملكه وإن شاء استسعى لما بينا والولاء له في الوجهين لأن العتق من جهته ولا يرجع المستسعى على المعتق بما أدى بإجماع بيننا لأنه يسعى لفكاك رقبته أو لا يقضي دينا على المعتق إذ لا شيء عليه لعسرته بخلاف المرهون إذا أعتقه الراهن المعسر لأنه يسعى في رقبة قد فكت أو يقضي دينا على الراهن فلهذا يرجع عليه

بعتق المعتق نصيبه (والتضمين) بالجر أي وخيار التضمين للمعتق (لأن المعتق جان عليه بإفساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك) من الوصية والصدقة والإجارة والإعارة والإمهار والاستخدام ونحو ذلك (مما سوى الإعتاق وتوابعه) من التدبير والاستيلاد والكتابة وقوله (والاستسعاء) بالجر عطفا على التضمين أي وإثبات خيار الاستسعاء (لما بينا) من أنه احتبس مالية نصيبه عنده وإنما يرجع المعتق بما ضمن على العبد لأنه قام مقام الساكت بأداء الضمان من وقت الإعتاق فصار كالساكت وللساكت ولاية الاستسعاء فكذا لمن قام مقامه وصار كالغاصب إذا قتل المغصوب في يده وضمن للمالك فإنه يرجع على القاتل لأنه ملكه بالضمان وللمالك التضمين فكذا الغاصب ولأنه بذلك يصير كعبد خاص به أعتق بعضه فله عتق الباقي أو استسعاؤه وقوله (ضمنا) جواب عن سؤال هو أن معتق البعض كالمكاتب وهو لا يقبل النقل من ملك إلى ملك فأجاب بأن ذلك في الملك قصدا حتى لو باع الساكت نصيبه من المعتق لا يجوز عند أبي حنيفة لأنه تمليك قصدا ولا يلزم من عدم الثبوت قصدا عدمه ضمنا (والولاء للمعتق في هذا الوجه لأن العتق كله من جهته لأنه ملكه بالضمان) غايته أن بعضه ببدل وهو لا يمنع الولاء (و) أما (في حال إعسار المعتق إن شاء أعتق لبقاء ملكه وإن شاء استسعى لما بينا) من احتباس ملكه (والولاء له) أي للساكت أي مشتركا بينه وبين المعتق (في الوجهين) أي في الإعتاق والاستسعاء (ولا يرجع المستسعى) على المفعول أي العبد (على المعتق بشيء بإجماع بيننا) خلافا لابن أبي ليلى فإنه يرجع عنده على المعتق إذا أيسر وإنما لا يرجع بالاتفاق أما على قوله فإنه يسعى لفكاك رقبته وأما على قولهما فلأنه إن لم يكن ساعيا لفكاك رقبته فليس هو بساع بل يقضي دينا على المعتق إذ لا شيء على المعتق إذا كان معسرا (بخلاف) العبد (المرهون إذا أعتقه الراهن المعسر لأنه يسعى في رقبة قد فكت أو يقضي دينا على الراهن فلهذا يرجع على المعتق) إذا أيسر ونظير الأول ما إذا أعتق أمته على أن تتزوجه فأبت تسعى في قيمتها وهي حرة وكذا لو أعتقها على خمر مثلا تسعى في قيمتها وهي حرة وكذا لو باع نفس العبد منه بجارية فاستحقت عتق ويسعى في قيمته وهو حر عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد وزفر تجب عليه قيمة الجارية بخلاف المريض إذا أعتق عبده فإنه يسعى وهو رقيق لأن تصرف المريض فيما لا يحتمل النقض

(قوله وقد قدمناه جوابا بالسؤال) أقول أراد ما تقدم في ذلك الورق وهو قوله قيل عليه إلى قوله وأجيب بأن عسرة المعتق تمنع وجوب الضمان

قوله (وقول الشافعي في الموسر) بيان لوضع خلاف الشافعي فانه ذكر في أول الباب مطلقا فاحتاج الى أن يبينه ههنا وقوله (ولاراض به) أي بالاعتاق لان الرضا انما يتحقق بعد العلم والمولى منفرد بالاعتاق ولا يكون العبد عالما به فلا يكون راضيا وقوله (فتعين ماعيناه) يعني عتق ماعتق ورق مارق (وقلنا الى الاستسعاء سبيل لان الاستسعاء لا يفتقر في وجوده الى الجناية) كما في اعتاق العبد المرهون اذا كان الراهن معسرا (بل ينبني على احتباس المالية) وهو موجود كما تقدم غير مرة واذا كان الى الاستسعاء سبيل لا يصار الى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية الحاصلة من اعتاق البعض والضعف السالب لها بصحة البيع وأمثاله في شخص واحد قال (ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه) كلامه واضح الاما ننبه عليه قوله (بالعتق) أي بالاعتاق وقوله (في زعمه) أي في زعم كل واحد منهما وقوله (فيصدق) يعني كل واحد منهما في حق نفسه وقوله (لانه مكاتبه) أي على تقدير الصدق وقوله (أو مملوكه) يعني على تقدير الكذب فهو لف ونشر مشوش وانما تيقنا بحق الاستسعاء على التقديرين لان المولى اذا كان كاذبا في قوله أعتق شريكي نصيبه يكون الكسب للمولى والمراد بالاستسعاء هو أن يكون الكسب للمولى واذا كان صادقا في قوله أعتق الشريك يكون مقرا بأن العبد صار مكاتبا باعتبار تجزي الاعتاق عند أبي حنيفة فكان الاستسعاء حينئذ بمنزلة أخذ بدل الكتابة عين وذلك أيضا جائز وقوله (لان حقه في الحالين) أي لان حق المولى في حال اليسار والاعسار (في أحد شيئين) أي التضمين أو الاستسعاء

وقول الشافعي رحمه الله في الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع و يوهب لانه لا وجه الى تضمين الشريك لاعساره ولا الى السعاية لان العبد ليس بجان ولا راض به ولا الى اعتاق الكل للاضرار بالساكت فتعين ماعيناه قلنا الى الاستسعاء سبيل لانه لا يفتقر الى الجناية بل تبتنى السعاية على احتباس المالية فلا يصار الى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها في شخص واحد قال (ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا أو معسرين عند أبي حنيفة رحمه الله) وكذا اذا كان أحدهما موسرا والآخر معسرا لان كل واحد منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه فصار مكاتبا في زعمه عنده وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه و يستسعيه لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان أو صادقا لانه مكاتبه أو مملوكه فلهذا يستسعيانه ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه في الحالين في أحد شيئين

موقوف عنده (وقول الشافعي في الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع و يوهب) وهذا قول للشافعي (وجهه) عنده (أنه لا وجه لتضمين الشريك لاعساره ولا لاستسعاء العبد لانه ليس بجان ولا راض به ولا لاعتاق الكل لانه اضرار بالساكت فتعين ماعيناه قلنا نختار أن يستسعى) قوله غير جان الخ قلنا لا يفتقر الى الجناية بل مدار لزومه احتباس المالية عنده كما ذكرنا في صبغ الثوب المطار وقد يتمسك له بما روي من الزيادة في قوله فقد عتق منه ماعتق و رق مارق ويدفع بأنها كما قال أهل الشأن ضعيفة مكذوبة ولو ثبت لزم كون المراد بالرق فيها الملك مجازا لامتناع اتصاف الجزء الشائع بالقوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها في شخص واحد والحق أنه لا يحتاج اليها بل بقوله عتق منه ماعتق كفاية فانه اذا لم يعتق الا ذلك القدر ان لم يلزم بقاء الباقي رقيقا يلزم بقاؤه مملوكا والملك هو المطلق للتصرف والجواب أن ما في حديث أبي هريرة المتقدم من قوله فعليه خلاصه في ماله ان كان له مال والا استسعى غير مشقوق عليه يوجب استسعاءه عند اعساره ولا اعتراض على الشارع مع أن وجهه ماقدمنا * واعلم أنه نقل عن بعض العلماء النافين صحة رواية الاستسعاء أن المراد بها على تقدير صحتها أنه يستسعى ان اختار ذلك وأن هذا هو معنى قوله غير مشقوق عليه والاوجه الاستدلال بما قدمنا من قوله ليس لله شريك فانه يفيد تنجيز العتق كله كما قالا أو عدم تقرره وهو الاولى واذا لم يتقرر ولا ضمان على المعسر لزم الاستسعاء والا بطل حقه مجانا جبرا بفعل غيره ولا نظير له في الشرع والاستسعاء بلا جناية في الشرع ثابت كما في العبد المرهون اذا أعتقه سيده المعسر ولان الشرع اضطره الى فكاك رقبته حيث حكم وله ولاية الايجاد والاعدام بنفاذ عتق ذلك القدر وأن لا يتقرر الباقي في الملك ولا يذهب مال الساكت بفعل غير مختار فيه وللشافعي قول آخر هو كقولهما في اليسار والاعسار واختاره المزني من أصحابه (قوله ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا أو معسرين عند أبي حنيفة) وعتق (وكذا اذا كان أحدهما موسرا والآخر معسرا لان كل واحد منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه فصار) العبد بذلك (مكاتبا له) أي في حكم المكاتب (و يزعم أنه حرم عليه استرقاقه فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه و يستسعيه) ان شاء أو يعتقه (لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان) في دعواه عتق الشريك (أو صادقا لانه مكاتبه) ان كان صادقا (أو مملوكه) ان كان كاذبا (فلهذا يستسعيانه) أما في الصدق فظاهر وأما في الكذب فلتمكن الانسان من أمر عبده أن يسعى و يأتيه بأكسابه (ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه) أي حق كل منهما (في الحالين) حال يسار الآخر واعساره (في أحد شيئين) السعاية أو التضمين الا أن في اليسار حقه في أحدهما من التضمين والسعاية غير

وقوله (وقد تعذر التضمين لانكار الشريك) اعترض عليه بانه لم يتعذر التضمين على تقدير التحليف فانه لما أنكر يحلف فاذا نكل وجب الضمان وأجيب بأنه لما كان من اعتقاد كل واحد منهما أنه أعتقه صاحبه يحلف ولم يجب الضمان على تقدير الحلف فتتعين السعاية فلا فائدة فى التحليف بل تتعين السعاية بلا تحليف لان ما آل اليه

(قوله وأجيب بأنه لما كان من اعتقاد كل واحد منهما الخ) أقول ولك أن تقول من أين علم أن اعتقاد كل منهما ذلك فيجوز أن يكون خبره غير مطابق لاعتقاده لا يقال وضع المسئلة فيه ألا ترى الى قوله شهد فان الشهادة هى الاخبار الذى يكون عن مواطأة قلب لانه لو سلم أن معناها ماذكرته فالقاضى يحكم بالظاهر والله يتولى السرائر قال ابن الهمام بعد (٣٨٧) تقرير جواب الشارح وهذا صريح فى أن لا تحليف فى المسئلة وحينئذ لا معنى لقوله فى الكتاب كاذبا كان أو صادقا بل يجب أن يحكم بصدق كل منهما وقال شارح هذا كله أى تعين استسعائهما العبد الخ بعد أن يحلف كل منهما على دعوى صاحبه لان كلا يدعى على الآخر الضمان و لضمان مما يصح بذله فيستحلف عليه وهو أوجه فيجب فى الجواب المذكور وهو لزوم استسعاء كل منهما العبد أنه فيما اذا لم يترافعا الى قاض بل خاطب كل منهما الآخر بأنك أعتقت نصيبك وهو ينكر فان هذه ليس حكمها الا الاستسعاء أما لو أراد أحدهما التضمين أو أراداه ونصيبهما متفاوت فترافعا أو رفعهما ذو حسبة فيما لو استرقاه بعد قولهما فان القاضى لو سألهما فأجابا بالانكار حلفا لا يسترق لان كلا يقول ان صاحبه حلف كاذبا واعتقاده أن العبد يحرم استرقاقه ولكل منهما استسعاؤه ولو اعترفا أنهما أعتقاه معا أو على التعاقب وجب أن لا يضمن كل الآخر ان كانا موسرين ولا يستسعى العبد لأنه عتق كله من جهتهما ولو اعترف أحدهما وأنكر الآخر فان المنكر يجب أن يحلف لان فيه فائدة فانه ان نكل صار معترفا أو باذلا فصارا معترفين فلا يجب على العبد سعاية كما قلنا اهـ فى قوله وهذا صريح فى أنه لا تحليف فى المسئلة وحينئذ لا معنى لقوله فى الكتاب كاذبا كان أو صادقا بل يجب أن يحكم بصدق كل منهما الخ بحث لان الصدق ليس مطابقة الحكم للاعتقاد بل للواقع والاقدام على اليمين بناء على الاعتقاد تأمل (قوله أنه أعتقه صاحبه يحلف الخ) أقول من أين علم أنه يحلف فانه يجوز أن ينكل والنكول بذل عند أبى حنيفة ثم لا يحلف على فعل صاحبه بل على فعل نفسه والجواب أنه يحلف على [illegible] بأنه ليس له على حق التضمين فليتامل

لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقد تعذر التضمين لانكار الشريك فتعين الآخر وهو السعاية والولاء لهما لان كلا منهما يقول عتق نصيب صاحبى عليه باعتاقه وولاؤه له وعتق نصيبى بالسعاية وولاؤه لى (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان كانا موسرين فلا سعاية عليه) لان كل واحد منهما يتبرأ عن سعايته بدعوى العتاق على صاحبه لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما الا أن الدعوى لم تثبت لانكار الآخر والبراءة عن السعاية قد ثبتت لاقراره على نفسه

عين وفى الاعسار حقه فى أحدهما عيناوهو السعاية وهذا (لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده) أى عند أبى حنيفة (وقد تعذر التضمين لانكار الشريك) الاعتاق وشهادة الآخر ليست نافذة عليه لانه فرد ويشهد لنفسه ولهذا لو كان الشركاء ثلاثة فشهد كل اثنين منهم على الآخر انه أعتق لم تقبل للمعنى الثانى فانهما يثبتان لانفسهما حق التضمين أو يشهدان لعبدهما وانما أثبتنا ما فى المسئلة المذكورة باعتراف كل منهما على نفسه بحرمة استرقاقه ضمنا لشهادته (فتعين السعاية) وهو عبد عند أبى حنيفة حتى يؤدى لان المستسعى كالمكاتب وأورد أن التضمين غير متعذر لانه لما أنكر يحلف فان نكل جاز التضمين وأجيب بأنه لما كان اعتقاد كل أن صاحبه هو الذى أعتقه يحلف ولا يجب الضمان فلا فائدة فى التحليف لان المآل الى السعاية وهذا صريح فى أن لا تحليف فى المسئلة وحينئذ لا معنى لقوله فى الكتاب كاذبا كان أو صادقا بل يجب أن يحكم بصدق كل منهما وقال شارح هذا كله أى تعين استسعائهما العبد الخ بعد أن يحلف كل منهما على دعوى صاحبه لان كلا يدعى على الآخر الضمان والضمان مما يصح بذله فيستحلف عليه وهو أوجه فيجب فى الجواب المذكور وهو لزوم استسعاء كل منهما للعبد أنه فيما اذا لم يترافعا الى قاض بل خاطب كل منهما الآخر بأنك أعتقت نصيبك وهو ينكر فان هذه ليس حكمها الا الاستسعاء أما لو أراد أحدهما التضمين أو أراداه ونصيبهما متفاوت فترافعا أو رفعهما ذو حسبة فيما لو استرقاه بعد قولهما فان القاضى لو سألهما فأجابا بالانكار حلفا لا يسترق لان كلا يقول ان صاحبه حلف كاذبا واعتقاده أن العبد يحرم استرقاقه ولكل منهما استسعاؤه ولو اعترفا أنهما أعتقاه معا أو على التعاقب وجب أن لا يضمن كل الآخر ان كانا موسرين ولا يستسعى العبد لانه عتق كله من جهتهما ولو اعترف أحدهما وأنكر الآخر فان المنكر يجب أن يحلف لان فيه فائدة فانه ان نكل صار معترفا أو باذلا فصارا معترفين فلا تجب على العبد سعاية كما قلنا (قوله وقال أبو يوسف ومحمد ان كانا موسرين فلا سعاية عليه) لواحد منهما (لان كل واحد منهما يتبرأ عن سعايته) وانما يدعى الضمان على صاحبه (لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما الا أن الدعوى لم تثبت عليه لانكاره والبراءة من

(وان كانا معسرين سعى لهما) لان كل واحد منهما يدعى السعاية عليه صادقا كان أو كاذبا على ما بيناه اذ المعتق معسر (وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر منهما) لانه لا يدعى الضمان على صاحبه لاعساره وانما يدعى عليه السعاية فلا يتبرأ عنه (ولا يسعى للمعسر منهما) لانه يدعى الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد عن السعاية والولاء موقوف فى جميع ذلك عندهما لان كل واحد منهما يحيله على صاحبه وهو يتبرأ عنه فيبقى موقوفا الى أن يتفقا على اعتاق أحدهما (ولو قال أحد الشريكين ان لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال الآخر ان دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدرى أدخل أم لا عتق النصف وسعى لهما فى النصف الآخر وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد يسعى فى جميع قيمته) لان المقضى عليه بسقوط السعاية مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول فصار كما اذا قال لغيره لك على أحدنا ألف درهم فانه لا يقضى بشئ للجهالة كذا هذا

السعاية قد ثبتت لاقراره على نفسه) بثبوت سببها حيث أقر بعتق الشريك مع يساره (وان كانا معسرين سعى لهما لان كل واحد منهما يدعى السعاية عليه صادقا كان أو كاذبا) لفرض أن المعتق معسر وقوله (على ما بيناه) أى من أن العبد مملوكه أو مكاتبه الا أن عندهما لا يكون مكاتبا بل حر مديون (وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر منهما لانه لا يدعى الضمان على صاحبه لاعساره وانما يدعى السعاية عليه فلا يتبرأ عنه ولا يسعى للمعسر لانه يدعى الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد من السعاية والولاء موقوف فى جميع ذلك لان كل واحد منهما يحيله) أى يثبته (لصاحبه) حيث ادعى أنه هو الذى أعتق والعتق لا يتجزأ أى لا يثبت به الا ما لا يتجزأ أصلا من زوال الرق (وهو) أى صاحبه (يتبرأ عنه فيبقى موقوفا الى أن يتفقا على اعتاق أحدهما) فلو لم يتفقا حتى مات وجب أن يأخذه بيت المال (قوله ولو قال أحد الشريكين) فى عبد (ان لم يدخل فلان) يعنى العبد (الدار غدا فهو حر وقال الآخر ان دخلها غدا فهو حر فمضى الغد ولا يدرى أدخل أم لا عتق النصف وسعى لهما فى النصف الآخر) بينهما (وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف) على تفصيل يقتضيه مذهب أبى يوسف وهو أنه انما يسعى فى النصف لهما اذا كانا معسرين فلو كان أحدهما موسرا يسعى فى الربع للموسر ولو كانا موسرين لا يسعى لاحد واليه أشار المصنف بعد هذا بقوله ويتأتى التفريع فيه على أن اليسار يمنع السعاية أو لا يمنعها على الاختلاف الذى سبق فانما جمع بينه وبين قول أبى حنيفة فى أنه لا يجب الا النصف (وقال محمد يسعى فى جميع قيمته) لهما ان كانا معسرين وبنصفه للموسر ان كان أحدهما معسرا ولا يسعى فى شئ ان كانا موسرين وهذه على وزان المسئلة السابقة أعنى اقرار كل منهما أنه هو الذى أعتق وهناك اذا كان أحدهما معسرا والآخر موسرا لا يسعى الا للموسر فكذا هذا وهذا لان الذى يأخذ السعاية أبدا يكون هو الساكت والآخر معتق فاذا كان أحدهما موسرا فانه يتبرأ من تضمين المعسر فيأخذ السعاية وعلى انزال المعسر هو الساكت نزعمه أن لا سعاية له على العبد وانما حقه فى تضمين المعتق الموسر وتضمينه متعذر للشك فى أن العتق من جهته بمباشرة شرطه أو من جهة الآخر فتعذر عليه الوصول الى شئ مطلقا كما لو كانا موسرين فان كلا يزعم أن حقه تضمين الآخر ليس غير وهو عاجز عنه فلا تضمين ولا سعاية (قوله لان المقضى عليه بسقوط السعاية مجهول) وهو الذى تحقق شرطه الذى علق عليه عتق العبد (ولا يمكن القضاء على المجهول) ولا التوزيع لانه يؤدى الى اسقاط بعض حق من له الحق وهو الذى لم يقع شرطه ولم يعتق العبد من جهته واعطائه لغير مستحقه وهو الذى وقع شرطه وعتق من جهته بخلاف العتق المبهم لانه غير واقع فى المعين فلم ينافه التوزيع (فصار كما اذا قال لغيره لك على أحدنا ألف فانه لا يقضى بشئ للجهالة) فكذا لا يقضى

وقوله (على ما بيناه) يريد به قوله لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان أو صادقا كذا فى النهاية وقيل هو اشارة الى قوله لانه مكاتبه أو مملوكه (ولو قال أحد الشريكين ان لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال الآخر ان دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدرى أدخل أم لا عتق النصف وسعى لهما فى النصف وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف) لكن عند أبى حنيفة لا فرق بين أن يكونا موسرين أو معسرين أو كان أحدهما موسرا والآخر معسرا لان يسار المعتق عنده لا يمنع وجوب السعاية على العبد فحالهما فى استحقاق النصف الباقى على السواء وعند أبى يوسف ان كانا معسرين فكذلك وان كانا موسرين لم يسع لواحد منهما فى شئ لان كل واحد منهما يتبرأ عن السعاية ويدعى الضمان على شريكه لان يسار المعتق يمنع السعاية وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا يسعى فى ربع قيمته للموسر منهما لان المعسر يدعى الضمان على شريكه ويتبرأ عن سعاية العبد فتسقط حصته عنه والموسر يدعى السعاية على العبد فيسعى له فى حصته (وقال محمد رحمه الله يسعى فى جميع قيمته) بينهما نصفين ان كانا معسرين وان كانا موسرين لم يسع لواحد منهما فى شئ وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعى فى نصف قيمته للموسر منهما لان المعسر يتبرأ عن السعاية والموسر يدعيها فان يسار المعتق عنده أيضا يمنع وجوب السعاية ووجه قول محمد فيما اذا كانا معسرين أن المقضى عليه بسقوط حقه فى السعاية وهو الحانث بسقوط منهما مجهول والمجهول لا يجوز القضاء عليه (فصار كما اذا قال لغيره لك على أحدنا ألف درهم فانه لا يقضى) عليه (بشئ للجهالة كذا هذا

ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان أحدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضي بوجوب الكل والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع كما اذا أعتق أحد عبديه لا بعينه أو بعينه ونسيه ومات قبل التذكر أو البيان ويتأتى التفريع فيه على أن اليسار يمنع السعاية أو لا يمنعها على الاختلاف الذي سبق (ولو حلفا على عبدين كل واحد منهما لاحدهما بعينه لم يعتق واحد منهما) لان المقضي عليه بالعتق مجهول وكذلك المقضي له فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء وفي العبد الواحد المقضي له والمقضي به معلوم فغلب المعلوم المجهول (واذا اشترى الرجلان ابن أحدهما عتق نصيب الاب) لانه ملك شقص قريبه وشراؤه اعتاق على مامر

بسقوط شئ لذلك واذا لم يحكم بسقوط شئ وجب الكل (قوله ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان أحدهما حانث بيقين ومع التيقن بالسقوط كيف يقضي به والجهالة) المانعة من القضاء بالسقوط (ترتفع بالشيوع) أي شيوع النصف الذي عتق في نصيب الشريكين (وتوزيعه) عليهما فصار المقضي عليه بالسقوط المولين فلا جهالة في المقضي عليه وانما تلزم لو قضي على أحدهما غير عين وهو منتف للضرورة الموجبة للتوزيع وهو عدم أولوية أحدهما بتمامه وكون التعين في نفس الامر يمنع التوزيع منتف بما في كتاب التحري عشرة رجال لكل منهم جارية أعتق أحدهم جاريته ثم صار لا يدري المعتق ولا المعتقة ثم اجتمعن في ملك واحد ثم مات فانه يحكم بعتقهن وتسعى كل واحدة في تسعة أعشار قيمتها وصار (كما اذا أعتق أحد عبديه لا بعينه أو بعينه ونسيه ومات قبل التذكر) في الثاني (أو البيان) في الاول فان العتق يوزع عندنا لعدم الاولوية فيعتق من كل نصفه ويسعى في قيمة نصفه للورثة وقيد موته معتبر لانه اذا لم يمت انما يطالب بالبيان خلافا للشافعي في أنه يقرع بينهما في قول وفي قول الوارث يقام مقامه فانه اثبات الوراثة فيما لم يجعل الشرع فيه وراثة في الثاني واسقاط جميع حق المستحق في الاول واسقاط بعضه للضرورة أولى وقيل ان الجهالة في المقضي عليه لا تمنع القضاء اذا كان المقضي له معلوما بدليل أن من طلق احدى نسائه الاربع قبل الدخول ومات بلا بيان سقط نصف المهر للتيقن به وان كان المقضي عليهن منهن مجهولة لكن لما كان المقضي له معلوما جاز القضاء كذا هنا المقضي له معلوم وهو العبد هذا ولا يخفى أن من صورة المسئلة أن يتفقا على ثبوت الملك لكل الى آخر النهار (قوله ولو حلفا على عبدين الخ) يريد أن يفرق بين السابقة وهي ما اذا حلف كل من رجلين على عبد واحد وهذه وهي ما اذا حلف كل على عبد له غير الآخر فقال أحدهما ان دخل فلان غدا فعبدي حر وقال الآخر ان لم يدخل فلان فعبدي حر فمضى الغد ولم يدر الدخول وعدمه (لم يعتق واحد منهما) ولا شئ منهما في قول الكل (لان المقضي عليه) بعتق عبده وهو أحد المولين (مجهول والمقضي له وهو المعتق مجهول فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء) ولو اشتراهما انسان صح وان كان عالما بحنث أحد المالكين لان كلا منهما يزعم أنه يبيع عبده وزعم المشتري في العبد قبل ملكه له غير معتبر كما لو أقر بحرية عبد ومولاه ينكر ثم اشتراه صح واذا صح شراؤه لهما واجتمعا في ملكه عتق عليه أحدهما لان زعمه معتبر الآن ويؤمر بالبيان لان المقضي عليه معلوم ولو قال عبده حر ان لم يكن فلان دخل هذه الدار اليوم ثم قال امرأته طالق ان كان دخل اليوم عتق وطلقت لان باليمين الاول هو مقر بوجود شرط الثانية وبالثانية صار مقرا بوجود شرط الاولى وقيل لم يعتق ولم تطلق لان أحدهما معلق بعدم الدخول والآخر بوجوده وكل منهما يحتمل تحققه وعدم تحققه قلنا ذاك في مثل قوله ان لم يدخل فعبدي حر بخلاف ان لم يكن دخل فانه يستعمله المماري في الدخول وعدمه في الماضي لتحقيق الدخول فيه وحقيقة شرطه ظهور أنه لم يدخل في الماضي وكذا ان كان دخل بخلاف ان دخل وعن أبي يوسف يعتق ولا تطلق لانه باليمين الثانية صار مقرا بنزول العتق ولم يوجد بعد الثانية ما يوجب اقراره بنزول الطلاق (قوله واذا اشترى الرجلان ابن أحدهما) بعقد واحد بأن خاطب البائع الاب والآخر معا بأن قال بعتكما هذا العبد بكذا فقبلا (عتق نصيب الاب لانه ملك شقصا من ابنه) فيعتق عليه ثم لا يضمن لشريكه شيأ ولو كان موسرا سواء علم الشريك أنه ابن

ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان أحدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضي بوجوب الكل والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع) جواب عن قوله المقضي عليه مجهول فان قيل في التوزيع فساد وهو اسقاط السعاية عن غير المعتق وايجابه للمعتق أجيب بأن ذلك متحمل لضرورة دفع الضرر عن العبد وذلك لانا لو لم نقل بالتوزيع وقلنا بوجوب كل السعاية كما قال محمد كان فيه ابطال حق العبد من كل وجه وأما اذا قلنا بالتوزيع فقد كان فيه ابطال حق غير المعتق من وجه فكان التوزيع أولى وقوله (ويتأتى التفريع فيه) قد أمضيناه في أثناء الكلام وقوله (ولو حلفا على عبدين) ظاهر وكذلك قوله واذا اشترى الرجلان الا ما نذكره

قوله (ولا ضمان عليه) أى على الاب وقوله (وكذا الوورثاه) يعنى بالاتفاق وصورته امرأة اشترت ابن زوجها فمانت عن آخ وزوج كان النصف للزوج ويعتق عليه أو امرأة (٣٩٠) لها زوج وأب ولها غلام وهو أبو زوجها فماتت المرأة صار غلامها ميراثا بين زوجها وأبيها

(ولا ضمان عليه) علم الآخر أنه ابن شريكه أولم يعلم (وكذا اذا ورثاه والشريك بالخيار ان شاء أعتق نصيبه وان شاء استسعى العبد) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا فى الشراء يضمن الاب نصف قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا سعى الابن فى نصف قيمته لشريك أبيه وعلى هذا الخلاف اذا ملكاه بهبة أو صدقة أو وصية وعلى هذا اذا اشتراه رجلان وأحدهما قد حلف بعتقه ان اشترى نصفه لهما أنه أبطل نصيب صاحبه بالاعتاق لان شراء القريب اعتاق وصار هذا كما اذا كان العبد بين أجنبيين فأعتق أحدهما نصيبه وله أنه رضى بافساد نصيبه فلا يضمنه كما اذا أذن له باعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك أنه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء لان شراء القريب اعتاق حتى يخرج به عن عهدة الكفارة عندنا

الآخر أولم يعلم ولكن يسعى العبد فى نصف قيمته لشريك أبيه ان شاء وان شاء أعتقه (وهذا عند أبى حنيفة) وأجمعوا أنهما لو ورثاه لا يضمن الاب وكذا فى كل قريب يعتق وهو قول الشافعى ومالك وأحمد رحمهم الله لعدم الصنع منه ولفظ الحديث أعنى قوله عليه الصلاة والسلام من أعتق شركا له الخ يفيد كون العتق اختياريا (وقالا فى الشراء يضمن الاب نصف قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا سعى الابن فيه وعلى هذا الخلاف اذا ملكاه بهبة) معا (أو صدقة أو وصية وعلى هذا) الخلاف أيضا (اذا اشتراه رجلان أحدهما حلف بعتقه ان اشترى نصفه) أما لو حلف بعتقه ان اشتراه لا يعتق لانه لم يوجد الشرط وهو شراء كله (لهما أنه) أى الاب (أبطل نصيب صاحبه بالاعتاق) الاختيارى لترتبه على الشراء وهو اختيارى وشراء القريب اعتاق (وصار كما اذا كان العبد بين أجنبيين فأعتق أحدهما نصيبه) لاتحاد الجامع وهو وقوع العتق من جهته مختارا فيه وله أن شرط التضمين مع العتق الاختيارى أن لا يكون برضا من له حق التضمين ولما باشر العقد معه مختارا وهو علة الملك الذى هو علة العتق والحكم يضاف الى علة العلة كما يضاف الى العلة كان راضيا بافساد نصيب نفسه فلا يضمنه فصار كما اذا أذن له باعتاقه صريحا وعلم مما ذكر أن المراد من العلة فى قوله شاركه فيما هو علة العتق علة العلة والدليل على ان إعتاقه يثبت اختياريا بالشراء أنه يخرج به عن عهدة الكفارة اذا نوى بالشراء عتقه عنها وهذا بخلاف ما لو قال أحد الشريكين للآخر ان ضربته فهو حر فضربه عتق نصيبه فان له أن يضمنه ولم يعتبر رضاه بمباشرته شرط العتق رضا بالعتق لان وجود الشرط ليس علة الوقوع بل العلة هى قول الشريك هو حر الواقع جزاء للشرط بخلاف قبول الايجاب فى البيع لانه مباشرة العلة لان العلة هو العقد وكل من باشره فهو مباشر علة العتق ولو قيل سلمنا أنه ليس بعلة أليس أنه يفيد رضاه بوقوع الجزاء والمدار هو وجود دلالة الرضا قلنا لا شك أن له تأديب عبده اذا اقتضاه حاله ومنعه منه ضرر لا يلزمه بالزامه اياه فحلفه عليه أن لا يضربه ظلم منه فلا يصح أن يقال ان لم يلتزمه يبطل حقه فى التضمين لكنه يقتضى أنه لو قال ان ضربت هذا العبد اليوم ظلما فهو حر فضربه حتى عتق ليس له تضمينه واطلاق الجواب بخلافه وأما ما أورد من منع أن مباشرته للعقد رضا لانه ضرر والعاقل لا يرضى به ولان وضعه لاثبات ملكه لا لزواله فاندفوع بالضرورة لان من علم أن عند فعل كذا يثبت كذا ثم فعله مختارا جزم العقل بأنه راض منه بما يترتب عليه وتحقيق الملك قد يكون الغرض منه اثبات ما يترتب عليه وللعاقل فى ذلك أغراض صحيحة دنيوية من استفادة المدح والولاء وقد تكون قيمته أكثر من الثمن وأخروية من الاجر لا يقال رضا الاب بالشراء رضا بالاعتاق والرضا بالاعتاق رضا بالضمان وأبو حنيفة رحمه الله يثبته اذا كان المعتق موسرا واختار الساكت التضمين فكيف ينفيه لانا نقول كونه رضا بالضمان لا يوجب امكان تضمين الآخر له الا اذا لم يكن رضا باعتاقه كما ذكرنا وأما ايراده على قولهما هكذا الاعتاق لا يتجزأ على قولهما فاعتاق

وقوله (وقالا فى الشراء) اشارة الى ما ذكرناه من الاتفاق فى صورة الارث وقوله (قد حلف بعتقه ان اشترى نصفه) انما قيد بالنصف لانه اذا حلف بعتقه ثم اشتراه بشركة الآخر لا يعتق عليه لان الشرط شراء كل العبد ولم يوجد ووجه قولهما على ما ذكره فى الكتاب ظاهر ووجه قوله ما ذكره فيه وتقريره الشريك الآخر رضى بافساد نصيبه ومن رضى بذلك لا يضمن المفسد (كما اذا أذن له باعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك) أى الدليل على رضاه بافساد نصيبه (أنه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء لان شراء القريب اعتاق حتى يخرج به عن عهدة الكفارة عندنا) والمشاركة فى علة العتق رضا بالعتق لا محالة والمراد بالعلة علة العلة لان الشراء علة التملك والتملك فى القريب علة العتق والحكم يضاف الى علة العلة اذا لم تصلح العلة للاضافة اليها وههنا كذلك لان التملك حكم شرعى يثبت بعد مباشرة علته بغير اختيار بخلاف الارث فانه لا اعتاق هنالك ولهذا لا يخرج به عن الكفارة

(قوله لانه اذا حلف بعتقه ثم اشتراه بشركة الآخر) أقول الظاهر أن يقال لانه اذا حلف بعتقه بعد أن اشتراه بدل قوله ثم اشتراه بشركة الآخر الخ ولم توجد هذه العبارة فى النسخ التى رأيناها ولا بد منها أو ما يفيد معناها

البعض

وهذا ضمان افساد فى ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار فيسقط بالرضا ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية عنه لان الحكم يدار على السبب كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بملكه (وان بدأ الاجنبى فاشترى نصفه ثم اشترى الاب نصفه الآخر وهو موسر فالاجنبى بالخيار ان شاء ضمن الاب) لانه ما رضى بافساد نصيبه (وان شاء استسعى الابن فى نصف قيمته) لاحتباس ماليته عنده وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقالا لا خيار له ويضمن الاب نصف

البعض اعتاق الكل ولا يمكن إعتاق الكل الا بتملك نصيب الآخر ولا يملك الا بالضمان والجواب أنه تملك ضمنى فلا توجه له هنا (قوله وهذا ضمان افساد) جواب عما يقال كونه رضى باعتاق شريكه لا يوجب اسقاط الضمان كما لو استولدا الامة باذن الشريك يصح ويجب الضمان فقال ذلك فى ضمان التملك وما نحن فيه ضمان افساد وبسطه أن الضمان فى العتق ضمانان ضمان تملك ولا يسقطه الرضا بسببه وذلك ضمان الاستيلاد فلو استولد أحد الشريكين الجارية باذن شريكه لا يسقط ضمانها ومن حكم ضمان التملك أيضا أنه يثبت مع اليسار والاعسار وانما جعلنا ضمان الاستيلاد ضمان تملك لان وضع الاستيلاد لطلب الولد وهو يستدعى التملك فأثبتناه وضمان اتلاف وهو ضمان الاعتاق ويقال ضمان جناية وليس بصواب لانه لا جناية فى عتق الانسان ما يملكه الله سبحانه وتعالى حتى يثاب عليه ثم يفسد به نصيب الشريك فصح أن يقال ضمان اتلاف وضمان افساد وان لم يكن عليه اثم فى هذا الافساد نعم لو قصد بعتقه قصدا فاسدا أثم به أما وضع العتق فليس مقتضيا لزومه ثم كون ضمان الاعتاق ضمان اتلاف هو ظاهر الرواية عن علمائنا ويختلف باليسار والاعسار بالنص بخلاف القياس ولا يختلف الجواب بين علم الشريك بالابنية وعدمها وروى عن أبى يوسف أنه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه فصل بين كون الشريك عالما بالابنية فلا يضمن الاب أو غير عالم فيضمنه لان رضاه لا يتحقق اذا لم يكن عالما وفى ظاهر الرواية لا فرق بينهما لان المسقط لحقه فى التضمين مباشرته لسبب اسقاطه فلا يختلف بعلمه وجهله كما اذا أطعم الغاصب المغصوب للمغصوب منه وهو لا يعلم أنه ماله سقط تضمينه الغاصب والنظير المذكور فى الكتاب ما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر به حاله فانه ليس له أن يضمن الآكل اذا علم مستقيم أيضا وانما قلنا على خلاف القياس لان القياس أن لا يختلف ضمان الاتلاف باليسار والاعسار ألا يرى ان من أتلف مال غيره لا يتقيد ضمانه بكونه موسرا فان قلت قد أسلفت أن القياس ليس الا الاستسعاء لان العبد هو محتبس حق الساكت والمذكور هنا أن القياس هو التضمين للاتلاف قلنا قد حكى خلاف فى القياس ما هو على الوجهين المذكورين للوجهين المذكورين ولا شك أن كون القياس الاستسعاء هو أقرب القياسين لما ذكرنا من الاحتباس عند العبد وعدم جناية المعتق ولذا يثاب عليه وكل منهما غير صحيح فى نفس الامر لفرض ورود النص على خلاف اطلاق مقتضاهما من الاستسعاء دائما والتضمين دائما وكل قياس خالفه النص فهو باطل سواء ظهر للمجتهد القياس الصحيح الموافق للنص أو خفى عليه والقياس الصحيح هنا هو على من شرع فى صوم التطوع أو صلاته قادرا على اتمامه حيث يجب عليه اتمامه فان لم يقدر لم يجب ووجب له أجر قدر عمله وتقدم تقريره فارجع اليه (قوله وان بدأ الاجنبى فاشترى نصفه ثم اشترى الاب النصف الآخر وهو موسر فالاجنبى بالخيار ان شاء ضمن الاب قيمة نصيبه لانه ما رضى بافساد نصيبه) لان دلالة ذلك ما كان الا قبوله البيع معه وهو منتف هنا اذ وقع اتفاقهم هنا أنه يضمنه (وان شاء استسعى الابن فى نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده وهذا عند أبى حنيفة) وحده بناء على ما تقدم من أن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده (وقالا لا خيار له) أى للاجنبى بل يتعين التضمين على ما مر من أن

وقوله (وهذا ضمان افساد) يجوز أن يكون جوابا عما يقال انما كان الرضا مسقطا للضمان أن لو كان ضمان افساد وأما اذا كان ضمان تملك فلا يسقط به كما اذا استولد أحد الشريكين الجارية باذنه فانه لا يسقط به الضمان لانه ضمان تملك اذ الاستيلاد موضوع لطلب الولد لا للعتق فلا يمكن أن يجعل الواجب به ضمان عتق وهو غير موضوع له فكان ضمان تملك ووجه الجواب أنه ضمان افساد فى ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار فيسقط بالرضا وانما قيد بقوله فى ظاهر قولهما لانه روى عن أبى يوسف أن هذا ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار فلا يسقط به الضمان وقوله (ولا يختلف الجواب بين العلم) أى بالقرابة (وعدمه فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة رحمه الله لان الحكم يدار على السبب) أى العلة (كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر لا يعلم الآمر بملكه) والسبب قد وجد بما مر وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه فصل بين ما اذا كان عالما بالقرابة وبين ما اذا لم يكن عالما بها فى حكم الضمان لان الرضا لا يتحقق الا اذا كان عالما بها وقوله (وان بدأ الاجنبى) ظاهر مما تقدم وكذلك

قوله (ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر) وانما قيد بقوله ممن يملك كله لانه اذا اشترى نصيب أحد الشريكين منه ضمن للساكت بالاجماع وقوله (والوجه قد ذكرناه) اشارة الى قوله لهما انه أبطل يله أنه رضى قال (واذا كان العبد بين ثلاثة نفر دبره أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الآخر وهو موسر فأرادوا الضمان) أى أراد الان مريد الضمان انما هو الساكت والمدبر دون المعتق فكان المراد بالجمع التثنية أو أطلق الجمع بطريق التغليب (فللساكت أن يضمن المدبر ولا يضمن المعتق وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذى ضمن) وبيان ذلك أن قيمة العبد ان كانت سبعة وعشرين دينارا مثلا فان الساكت يضمن المدبر تسعة والمدبر يضمن المعتق ستة وذلك لان قيمة المدبر ثلثا قيمة القن لما نذكر فبالتدبير تلفت منه تسعة فكان الاتلاف بالاعتاق واقعا على قيمة المدبر وهى ثلثا قيمة القن وهى ثمانية عشر وثلث ثمانية عشر ستة فيضمن المدبر المعتق تلك الستة فقط ولا يضمنه التسعة التى هى نصيب الساكت مع تلك الستة التى يضمنه اياها (وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا العبد للمدبر ويضمن ثلثى قيمته لشريكيه موسرا كان أو معسرا) قوله (وأصل هذا) ظاهر وقوله (على ما مر) اشارة الى قوله لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة الخ وقوله (غير أن له أن يضمن المدبر) بيان حصر الضمان على المدبر

قيمته لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما (ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يضمن اذا كان موسرا) ومعناه اذا اشترى نصفه ممن يملك كله فلا يضمن لبائعه شيأ عنده والوجه قد ذكرناه (واذا كان العبد بين ثلاثة نفر فدبره أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الآخر وهو موسر فأرادوا الضمان فللساكت أن يضمن المدبر ثلث قيمته قنا ولا يضمن المعتق وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذى ضمن وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا العبد كله للذى دبره أول مرة ويضمن ثلثى قيمته لشريكيه موسرا كان أو معسرا) وأصل هذا أن التدبير يتجزأ عند أبى حنيفة رحمه الله خلافا لهما كالاعتاق لانه شعبة من شعبه فيكون معتبرا به ولما كان متجزئا عنده اقتصر على نصيبه وقد أفسد بالتدبير نصيب الآخرين فلكل واحد منهما أن يدبر نصيبه أو يعتق أو يكاتب أو يضمن المدبر أو يستسعى العبد أو يتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسدا بافساد شريكه حيث سد عليه طرق الانتفاع به بيعا وهبة على ما مر فاذا اختار أحدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت سببا ضمان تدبير المدبر واعتاق هذا المعتق غير أن له أن يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ هو الأصل

يسار المعتق يمنع السعاية عندهما (قوله ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة) للبائع (وقالا ان كان موسرا يضمن ومعناه اذا اشترى نصفه ممن يملك كله والوجه قد ذكرناه) وهو أنه لما باعه منه فقد رضى بعتق نصيبه والرضا بعتق نصيبه يمنع التضمين وهذا هو المراد بقوله قد ذكرناه والا فهو لم يذكر أن البيع ممن يعتق عليه رضا بعتق نصيبه بل ذكر المقدمة الثانية وهو أن الرضا يمنع (قوله واذا كان العبد بين ثلاثة نفر فدبره أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الآخر وهو موسر) فاراد كل من الساكت وهو الذى لم يعتق ولم يدبر والمدبر الضمان وهما المراد بقوله (فارادوا الضمان فللساكت أن يضمن المدبر) ثلث قيمة العبد قنا وليس له أن يضمن المعتق شيأ واذا ضمن المدبر الثلث رجع به على العبد ان شاء على وزان ما تقدم فيما اذا أعتق أحد الشريكين وهو موسر حصته فضمنه الساكت حيث كان له الرجوع به على العبد عند أبى حنيفة (وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذى ضمن) أعنى ثلثه قنا (وهذا) كله (عند أبى حنيفة وقالا العبد كله للذى دبره أولا ويضمن ثلثى قيمته لشريكيه موسرا كان أو معسرا وأصل هذا) الخلاف (أن التدبير يتجزأ عند أبى حنيفة خلافا لهما كالاعتاق لانه شعبة من شعب العتق) اذ هو عتق مضاف (فيكون معتبرا به ولما كان) التدبير (متجزئا عنده اقتصر على نصيبه وقد أفسد بالتدبير نصيب الآخرين) حيث امتنع على كل منهما البيع وما فى معناه من الهبة والوصية والصدقة والامهار فثبت لكل منهما (١) خمس خيارات (أن يدبر نصيبه أو يعتق أو يكاتب أو يضمن المدبر أو يستسعى العبد أو يتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسدا بافساد شريكه حيث سد عليه ما ذكرنا فاذا اختار أحدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت) وهو الثالث الذى لم يعتق ولم يدبر (سببا ضمان) أحدهما (تدبير المدبر) الذى أفسد عليه ما أفسد (و) الآخر (عتق هذا المعتق) فانه تغير نصيب المدبر والساكت حيث كان لهما ولاية الاستخدام بعد التدبير وبطل ذلك بعتق المعتق حيث استحق به العبد خروجه الى الحرية بالسعاية أو التضمين (غير أن) الساكت (له تضمين المدبر) ليس غير (ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ هو الاصل) فى الضمان لان به يعتدل جانبا الضامن والمضمون له فانه

(قال المصنف غير أن له أن يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة) أقول يعنى ثبت ضمان المعاوضة فى ضمن ضمان الافساد لا يقال اذا كان ضمان معاوضة ينبغى أن لا يختلف باليسار والاعسار كما فى سائر المعاوضات لأنه ضمان افساد يتضمن ضمان المعاوضة ولا معتبر بالضمنيات فليتأمل لما

(١) قوله خمس خيارات كذا فى النسخ والمعدود ستة اهـ من هامش نسخة العلامة البحراوى

بعدما كان الاعتاق أيضا سبب ضمان وتقريره ذلك أن ضمان المدبر ضمان معاوضة وضمان المعتق ضمان جناية وإتلاف والاصل في الضمان هو ضمان المعاوضة فلا يعدل الى غيره الا عند العجز أما أن ضمان المدبر ضمان معاوضة فلانه يضمن ما أتلفه التدبير وهو كان قابلا للنقل فكان ضمانه مقابلا بذلك فانعقد سبب الضمان موجبا الملك المضمون بخلاف ضمان الاعتاق فانه يضمن ما أتلفه وما أتلفه كان بعد تدبير المدبر وذلك غير قابل للنقل فكان ضمانه ضمانا من غير تملك المضمون وذلك خالص ضمان الجناية وأما أن الاصل في الضمان ضمان المعاوضة فواضح (ولهذا جعل الغصب ضمان معاوضة على أصلنا) ومما يدل على أن ضمان المدبر ضمان معاوضة أن من غصب مدبرا فاكتسب عند الغاصب كسبا ثم أبق فلم يرجع من إباقه حتى مات كان ذلك الكسب للغاصب قال في النهاية والمسئلة في آخر باب النهي من أصول الفقه لشمس الائمة السرخسي وانما يكون الكسب له اذا كان المدبر ملكا للغاصب عند أداء الضمان فلما اعتبر ضمان المدبر وهو غير قابل للنقل ضمان معاوضة فلأن يعتبر ضمان المدبر وما أتلفه بتدبيره قابل للنقل ضمان معاوضة كان أولى وقوله (لانه عند ذلك مكاتب أو حر على اختلاف الاصلين) قال الامام جلال الدين ابن المصنف هذا غير مستقيم وكذا قوله لا بد من رضا المكاتب بفسخه لانه عند الاعتاق ليس بمكاتب ولا حر وانما يصير كذلك بعد الاعتاق والمستسعى عند أبي حنيفة وان كان بمنزلة المكاتب الا أنه لا يفسخ بالعجز ولا بالتفاسخ وانما الصحيح أن يقال لانه عند ذلك مدبر (٣٩٣) وأقول للساكت حق الاستسعاء وكل من فيه حق الاستسعاء بمنزلة المكاتب كما أن من فيه حق البيان كذلك على ما سيجيء في هذا الكتاب في مسئلة الثابت والخارج والداخل أن للمولى بيان حق الايجاب الاول في كل واحد من الثابت والخارج فما دام له حق البيان كان كل منهما حرا من وجه عبدا من وجه فكان الثابت كالمكاتب فكذا ههنا ما دام له حق السعاية في المدبر كان بمنزلة المكاتب وأما أن الكتابة تقبل الفسخ فقد تقدم في فصل كفارة الظهار أنها تنفسخ بمقتضى الاعتاق فكذلك تنفسخ بالتراضي

حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على أصلنا وأمكن ذلك في التدبير لكونه قابلا للنقل من ملك الى ملك وقت التدبير ولا يمكن ذلك في الاعتاق لانه عند ذلك مكاتب أو حر على اختلاف الاصلين ولا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال

لما ملك المضمون له بدل ملكه وجب في تحقيق المعادلة أن يملك معطيه وهو الضامن ما دفع بدله فحيث أمكن هذا لا يعدل عنه (ولهذا كان ضمان الغصب ضمان معاوضة على أصلنا) خلافا للشافعي حيث جعله ضمان اتلاف فاذا جعل الضمان فيما هو عدوان ضمان معاوضة ففي العتق وشعبه من التدبير ونحوه أولى وهذا يحقق ما ذكرت لك في قولهم ضمان جناية والدليل على اعتبارهم اياه ضمان جناية ما في قاضيخان لو غصب عبدا فأبق وقضى على الغاصب بقيمته ثم عاد فللغاصب أن يبيع العبد مرابحة على القيمة التي أداها والمرابحة مخصوصة بالمعاوضات المحضة وكذا لو غصب مدبرا فاكتسب عنده أكسابا ثم أبق ولم يرجع حتى مات كانت الاكساب للغاصب لصيرورته ملكا له عند أداء الضمان ومما يدل على ذلك صحة اقرار المأذون بالغصب في الحال مع أن اقراره بالاتلافات مؤخر الى ما بعد العتق واذا وجب أن لا يعدل عن ضمان المعاوضة ما أمكن وجب هنا لانه ممكن (لكونه) أي نصيب الساكت (قابلا للنقل من ملك الى ملك) في المضمون ثم بعد ذلك لا يحتمل النقل فامتنع جعل العتق الكائن بعده سببا لضمان المعاوضة (لانه) أي العبد (عند ذلك مدبر) وفي بعض النسخ حر (أو مكاتب على اختلاف الاصلين ولا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال) فقال الشيخ جلال الدين ولد المصنف هو غير مستقيم لانه عند

(قال المصنف لكونه قابلا للنقل من ملك الى ملك وقت التدبير) أقول أي قبل ثبوت حكم التدبير فان ملكه بتضمين الساكت يستند الى ذلك الوقت (قوله فلما اعتبر ضمان المدبر وهو غير قابل الى قوله كان أولى) أقول هذا يخالف لما يجيء في كتاب الغصب فراجعه مع أنه يهدم ما شيدوه في بيان نفي ثبوت حق تضمين الساكت للمعتق عن أساسه لان بناءه على عدم امكان ضمان المعاوضة في المدبر فتدبره وجوابه أن ذلك ضرورة أن لا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد على ما سيجيء في كتاب الغصب وما ثبت بالضرورة لا يتعدى موضعها فليتأمل (قال المصنف لانه عند ذلك مكاتب أو حر على اختلاف الاصلين الخ) أقول قال الاستاذ مولانا جلال الدين ابن المصنف قوله لانه عند ذلك حر أو مكاتب على اختلاف الاصلين غير صحيح وكذا قوله ولا بد من رضا المكاتب بفسخه لانه عند الاعتاق ليس بحر ولا مكاتب وانما يصير كذلك بعد الاعتاق والمستسعى عند أبي حنيفة وان كان بمنزلة المكاتب الا أنه لا تنفسخ هذه الكتابة بالرضا ولا بالتفاسخ وانما الصحيح أن يقال لانه عند الاعتاق مدبر ولا يقبل النقل من ملك الى ملك اه ولك أن تقول كلام المصنف مبني على التشبيه فانه مشبه بهما على الاصلين في عدم قبول النقل (قوله وأقول للساكت حق الاستسعاء الى قوله فقد تقدم في فصل كفارة الظهار أنها تنفسخ بمقتضى الاعتاق فكذا تنفسخ بالتراضي) أقول هكذا وجد في بعض النسخ الا أن قوله فقد تقدم في فصل كفارة الظهار أنها تنفسخ الخ

وقوله (على ما قالوا) اشارة الى أن فيه اختلافا فقال بعضهم نصف قيمة القن لان قبل التدبير كان له فيه نوع منفعة البيع وماشا كله ومنفعة الاجارة وماشا كلهما وقد زال أحدهما وهو البيع وبقي الآخر وقال بعضهم قيمته قيمة الخدمة ينظر بكم يستخدم هو مدة عمره من حيث الحزر والظن والاصح ما قاله في الكتاب لان منفعة الوطء والسعاية باقية ومنفعة البيع زائلة وقيل الفتوى على الاول وقوله (ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان) يعنى أن المدبر لما أدى ضمان نصيب الساكت وهو ثلث قيمته قنا ملك المدبر نصيب الساكت واجتمع في ملك المدبر ثلثا العبد وله أن يضمن قيمة ما كان له في الاصل وهو الثلث مدبرا فان نصيبه بعد تدبيره كان منتفعا به من الوجه الذى ذكرنا وفسد بالاعتاق فيضمن وليس له أن يضمن المعتق قيمة الثلث الذى تملك على الساكت بأداء الضمان لوجهين أحدهما أنه ملك المضمون مستندا أو المستند ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين والثانى أنه لما انتقل نصيب الساكت الى المدبر قام المدبر مقام الساكت في ذلك الثلث والساكت لا يملك تضمين المعتق فكذلك من قام مقامه وبالوجه الثانى يندفع ما قيل على ما في الكتاب ان أحد الشريكين اذا أعتق نصيبه وهو موسر يضمن للساكت قيمة نصيبه ويرجع المعتق على العبد وان ثبت له الملك مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه ووجه ذلك أن المدبر قام مقام الساكت بأداء الضمان وليس للساكت تضمين المعتق لما ذكرنا من تعين تضمين المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة لكونه الاصل فكذلك من قام مقامه وأما المعتق فلما قام مقام الساكت بأداء الضمان وكان للساكت ولاية الاستسعاء كان للمعتق أيضا تلك الولاية

فلهذا يضمن المدبر ثم للمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه أفسد عليه نصيبه مدبرا والضمان يتقدر بقيمة المتلف وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت لان ملكه يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين

الاعتاق ليس حرا ولا مكاتبا بل بعد العتق يصير كذلك والمستسعى عند أبي حنيفة وان كان بمنزلة المكاتب لكن لا تنفسخ هذه الكتابة بالعجز ولا بالتفاسخ واذا كان كذلك فاذا وجب الضمان على المعتق للساكت لزم أن لا يكون ضمان معاوضة اذ لا يمكن ملك هذا المضمون فكان ضمان افساد (فلهذا يضمن) الساكت (المدبر) ليس غير (ثم للمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه انما أفسد عليه نصيبه مدبرا) فان المدبر كان متمكنا قبل عتقه من استخدامه واجارته واعارته الى مونه فامتنع بعتقه كل ذلك وهذا معنى الافساد عليه وانما أفسده مدبرا والمدبر مال متقوم حتى لو كان مدبرا لشريكين فأعتقه أحدهما وهو موسر ضمن نصيب الآخر مدبرا وان لم يتملكه بالضمان (قوله وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا) فلو كانت قيمته قنا سبعة وعشرين دينارا ضمن له ستة دنانير لان ثلثيها وهي قيمة المدبر ثمانية عشر وثلثها وهو المضمون ستة (قوله على ما قالوا) طريقته في مثله الاشعار بالخلاف فقيل قيمته قيمته قنا وهو غير سديد لان القيم تتفاوت بتفاوت المنافع الممكنة وقيل نصف قيمته قنا لانه ينتفع بالملك بعينه وبدله وفات الثانى دون الاول وقيل تقوم خدمته مدة عمره حزرا فيه فما بلغت فهي قيمته وقيل ثلثا قيمته قنا لان الانتفاع بالوطء والسعاية والبدل وانما زال الاخير فقط واليه مال الصدر الشهيد وعليه الفتوى الا أن الوجه يخص المدبرة دون المدبر وقيل يسأل أهل الخبرة أن العلماء لو جوزوا بيع هذا فائت المنفعة المذكورة كم يبلغ فما ذكر فهو قيمته وهذا احسن عندي وأما قيمة أم الولد فثلث قيمة القن لان البيع والاستسعاء قد انتفيا وبقي ملك الاستمتاع وقيل قيمة خدمتها مدة عمرها على الحزر كما تقدم والوجه أن يقال مدة عمر أحدهما منها ومن مولاها وقيل يسأل أهل الخبرة لو أن العلماء جوزوا بيعها على ما ذكرنا وقيمة المكاتب نصف قيمة القن لانه حر يدا وان بقيت الرقبة (قوله ولا يضمنه) أي لا يضمن المدبر المعتق (قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت) وهو ثلثه قنا فيكون قد ضمنه ثلثي قيمته ثلثها قنا وثلثها مدبرا (لان ملكه فيه) أي في ثلثه قنا (يثبت مستندا) الى وقت التدبير (وهو ثابت من وجه) وهو بالنظر الى حال أداء الضمان (دون وجه) وهو بالنظر الى الحقيقة حال التدبير (فلا يظهر في حق التضمين) بل الملك الممكن من الضمان هو الثابت حال العتق واستشكل بما اذا أعتق أحد الشريكين وهو موسر فضمنه الساكت فانه يرجع به على العبد مع ثبوت الملك له مستندا أجيب بأنه لما انتقل نصيب الساكت اليه قام مقام الساكت وكان للساكت الاستسعاء فكذا للمعتق أما هنا فليس للساكت تضمين المعتق فكذا ليس للقائم مقامه وهو المدبر ولذا كان للمدبر استسعاء العبد كما كان للساكت القائم هو مقامه ولا يخفى أن هذا لا يدفع الوارد على قوله ان الملك المستند لا ينتهض سببا للتضمين اذ قد ثبت التضمين به للعبد غير أن المدبر وجد فيه مانع منه وهو قيامه

مقام

(قوله وبالوجه الثانى يندفع ما قيل الى قوله يضمن للساكت قيمة نصيبه الخ) أقول كلامه هذا يتضمن الاعتراف بقصور الوجه المذكور في الكتاب عن افادة المدعى سالما عن الارتياب ولك أن تقول المراد أن الملك المستند لا يظهر في حق ضمان الافساد لانه لما لم يكن ثابتا من وجه لم يكن الاعتاق اتلافا محضا للملك فيغلب جانب عدم الافساد والجناية على جانب الوجود بخلاف استسعاء العبد فانه ضمان الاحتباس لا ضمان الافساد على ما مر

والولاء بين المعتق والمدبر أثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار واذا لم يكن التدبير متجزئا عندهما صار كله مدبرا للمدبر وقد أفسد نصيب شريكيه لما بينا فيضمنه ولا يختلف باليسار والاعسار لانه ضمان تملك فأشبه الاستيلاد بخلاف الاعتاق لانه ضمان جناية

مقام الساكت الذى لا ضمان له على المعتق فكان الاوجه أن يقال من الابتداء لا يضمنه ما ضمن للساكت لانه بالضمان له قائم مقامه وليس له أن يضمن المعتق ذلك الثلث فكذا ليس للقائم مقامه بخلاف ثلث نفسه أعنى ثلث المدبر فانه لم يقم فيه مقام أحد ويمكن أن يدفع ورود أصل السؤال بان الكلام فى أن الملك المستند لا ينتهض سببا لضمان مفسده كالمعتق المفسد باعتاقه ملك المدبر فى نصيب الساكت والرجوع على العبد ليس تضمينا لمفسد الملك المستند لان العبد ليس مفسدا شيأ بل تضمينه لقيامه بالضمان للساكت مقام الساكت وللساكت أن يضمنه فكذا من صار الملك له وقام مقامه * واعلم أنه لو لم يعتق المعتق الا بعد أداء المدبر الضمان للساكت كان للمدبر تضمينه ما ضمنه من ثلث قيمته عبدا مع ثلثه مدبرا لان الاعتاق وجد بعد تملك المدبر نصيب الساكت فله تضمين كل ثلث بصفته كذا عللوا والوجه على هذا أن يقال فى أصل التعليل ليس له أن يضمن المعتق ما ضمنه لانه لم يكن له فيه ملك حال عتق المعتق وان لم يدفع الوارد أيضا لانه ظهر ملكه حال العتق باداء الضمان مستندا ويحتاج الى تتميمه بقولنا ويكون ثابتا حال الاعتاق من وجه دون وجه ويعود السؤال بعتق أحد الشريكين ويدفع بما ذكرنا من عدم وروده هذا وأورد الطلبة على هذا أنه ينبغى أن يضمنه قيمة ثلثيه مدبرا لانه حين ملك ثلث الساكت بالضمان صار مدبرا الا قنا ولذا قلنا فى وجه كون ثلثى الولاء له لانه صار كأنه دبر ثلثيه ابتداء والجواب لا يتم الا بمنع كون الثلث الذى ملكه بالضمان للساكت صار مدبرا بل هو قن على ملكه اذ لا موجب لصيرورته مدبرا الا ان ظهور الملك الآن لا يوجبه والتدبير يتجزأ وذكرهم اياه فى وجه كون ثلثى الولاء له غير محتاج اليه اذ يكفى فيه أنه باق على ملكه حين أعتق الآخر وأدى الضمان وانما لم يكن ولاؤه لما ذكرنا من أنه ضمان جناية لا تملك (قوله والولاء بين المعتق والمدبر أثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار) فان أحد ثلثيه كان نصيبه بالاصالة والآخر تملكه باداء الضمان للساكت فصار كأنه دبر ثلثيه من الابتداء بخلاف المعتق فانه وان كان له ثلث أعتقه وثلث أدى ضمانه للمدبر ليس له الا ثلث الولاء لان ضمانه ليس ضمان تملك ومعاوضة بل ضمان افساد لما ذكرنا من أن المدبر غير قابل للنقل وحين أعتقه كان مدبرا ولو كان الساكت اختار سعاية العبد فالولاء بينهم جميعا أثلاثا لكل ثلثه وفى النهاية وغيرها فى قوله والولاء بين المعتق والمدبر أى بين عصبة المدبر والمعتق لانه انما يعتق بعد الموت ونسبه لقاضيخان وهو غلط لان العتق المتجزئ يوجب اخراجه الى الحرية بتنجيز أحد الامور من التضمين مع اليسار والسعاية والعتق حتى منع استخدام المدبر اياه من حين وجوده كما لو أعتق أحد الشريكين ابتداء ودبره الآخر الساكت فانه لا تتأخر حريته باقيه الى موته كما قدمناه أول الباب بخلاف ما لو لم يكن عتق متجزئ بل تدبير من أحدهما ثم كتابة الآخر أو قلبه أو كان مكاتبا بالشريكين فدبره أحدهما تقيد فى نصيبه وبقى نصيب الآخر مكاتبا من غير ضمان ولا سعاية عند أبى حنيفة لان نصيب الآخر على حاله عنده وأما ما فى الزيادات مكاتب بين اثنين أعتقه أحدهما عتق نصيبه ونصيب شريكه على حاله كما كان فلا ضمان عليه ولا سعاية الا بعد عجزه عند أبى حنيفة لان الكتابة تتجزأ عنده وعندهما عتق كله والولاء له لان حاصل عقد الكتابة استسعاء خاص فيبقى الى أن يعجز عنه فيتخير حينئذ بين تضمين المعتق اذا كان موسرا واستسعاء العبد مختارا أو جبرا باجارته فهو يحقق ما قلنا من أنه (١) لا يبقى فيه الرق الى أن يؤدى السعاية والله أعلم (قوله واذا لم يكن التدبير متجزئا عندهما الخ) يعنى أن ما ذكرناه الى هنا قول أبى حنيفة فأما على قولهما فلما لم يتجزأ التدبير عندهما يصير كله مدبرا الشريكه المدبر (وقد أفسد نصيب شريكيه لما بينا) فيضمن ثلثى قيمته لشريكيه (ولا يختلف باليسار والاعسار لانه ضمان تملك) لانه أمكن على ما ذكرنا (فأشبه الاستيلاد) أى ما اذا استولد أحد الشريكين الجارية المشتركة حيث يضمن نصيب شريكه

وقوله (والولاء بين المعتق والمدبر) أى بين عصبة المدبر (أثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار) فان قيل لو كان أداء الضمان يثبت ملك نصيب الآخر كان للمعتق ثلثا الولاء أيضا لانه أدى الى المدبر ثلث قيمته مدبرا أجيب بأن ضمان المعتق الى المدبر ضمان اتلاف لا ضمان معاوضة لما ذكرنا أن المدبر غير قابل للنقل من ملك الى ملك فلم يملك المعتق شيأ بمقابلة ما ضمن وأما المدبر فقد ملك نصيب الساكت عند أداء الضمان مستندا الى وقت التدبير على ما مر فصار كأنه دبر ثلثيه من الابتداء مستندا فثبت له ثلثا الولاء وللمعتق الثلث لما أن نصيب الساكت بعد ما انتقل الى المدبر لا ينتقل الى المعتق وقوله (لانه ضمان تملك) أى لان ضمان التدبير ضمان تملك لانه يملك كسبه وخدمته فلا يختلف باليسار والاعسار كضمان الاستيلاد (بخلاف الاعتاق لانه ضمان جناية) وهو يختلف باليسار والاعسار

(قوله وقوله والولاء بين المعتق والمدبر أى بين عصبة المدبر) أقول فيه بحث

(١) قوله لا يبقى هكذا فى النسخ ولعل الصواب حذف لا النافية فليتأمل كذا بهامش نسخة العلامة البحراوى كتبه مصححه

واعترض بأن قولكم ضمان الجناية يختلف باليسار والاعسار أردتم به مطلق ضمان الجناية أو الجناية بالاعتاق والاول مردود بان من كسر جرة انسان مثلا أو أتلف ملكا من أملاكه فانه يجب عليه الضمان موسرا كان أو معسرا والثاني تحكم وأجيب بأن المراد الثاني والتحكم مدفوع لثبوته بقوله صلى الله عليه وسلم في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى العبد في حصة الآخر فلا يقاس عليه غيره لكونه على خلاف القياس. قال (وان كانت جارية بين رجلين) اذا كانت الجارية بين رجلين (زعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر صاحبه فهي موقوفة يوما) أي ترفع عنها الخدمة يوما (وتخدم المنكر يوما عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة) كلها (لاسبيل عليها) يعني للمقر بالاستسعاء (لهما أنه لما لم يصدقه) وتقريره أن المقر لو أقر على نفسه بالاستيلاد صح فاذا أضافه الى من يملكه ولم يصدقه ذلك انقلب اقراره عليه واذا انقلب اقراره عليه صار كأنه استولدها فصار كما اذا أقر المشتري على البائع انه أعتق المبيع قبل البيع فانه يجعل كأنه أعتقه واذا انقلب اقرار المقر على نفسه امتنع الخدمة للمنكر لان المقر صار باقراره كالمستولد لها ولا يمكن للمنكر تضمين المقر لانه ما أقر على نفسه بالاستيلاد فكان نصيب المنكر على ملكه في الحكم محتبسا عند الجارية (فتخرج الى العتاق بالسعاية كام ولد النصراني اذا أسلمت) تخرج الى

لانه

والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر قال (واذا كانت جارية بين رجلين زعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر ذلك الآخر فهي موقوفة يوما ويوما تخدم المنكر عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لاسبيل عليها) لهما أنه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقرار المقر عليه كأنه استولدها فصار كما اذا أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع يجعل كأنه أعتق كذا هذا فتمتنع الخدمة ونصيب المنكر على ملكه في الحكم فتخرج الى العتاق بالسعاية كأم ولد النصراني اذا أسلمت

موسرا كان أو معسرا (بخلاف ضمان الاعتاق لانه ضمان افساد) لا ضمان تملك وقد اختلف باليسار والاعسار بالنص على خلاف القياس وضمان التملك ليس في معناه من كل وجه ليكون نص الاختلاف بالاعسار واليسار واردا فيه (والولاء كله) على قولهما (للمدبر وهو ظاهر) لان العتق كله من جهته

* واعلم أنه يجب على قولهما أن ضمان الافساد في الاعتاق لا ينافي ضمان التملك لانهما حيث قالا ان العتق يثبت من جهة المعتق في كل العبد حتى كان الولاء كله له يلزمه القول بانتقال ملك نصيب الساكت اليه والا فكيف ينزل عتقه في جزء لا يملكه وحينئذ يجب أن يقال ضمان الاعتاق وان كان ضمان تملك فقد اختلف باليسار والاعسار بالنص على خلاف القياس فيبقى ضمان التدبير على أصل القياس

(قوله واذا كانت جارية بين رجلين فزعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر الآخر فعند أبي حنيفة وأبي يوسف هي موقوفة يوما) أي لا تخدم فيه أحدا (ويوما تخدم المنكر) ولو مات المنكر قبل تصديقه عتقت بشهادة الآخر ولا سعاية عليها له وتسعى لورثة المنكر في نصف قيمتها في قول أبي حنيفة كذا ذكره الفقيه أبو الليث ووجه هذا التفريع أنه عند موت الشريك كأنه قال عتقت الجارية من جهة شريكي ولو قال أحد الشريكين في حياة صاحبه أعتق شريكي نصيبه فانه ان لم يتمكن من تضمينه ان كان موسرا وهو منكر لكنه يفسد الرق فيه لانه لما كان متمكنا من افساده باعتاقه اعتبر اقراره بفساده ثم يسعى العبد في تمام قيمته بينهما في قول أبي حنيفة موسرين كانا أو معسرين أو أحدهما موسرا والآخر معسرا وعندهما كذلك ان كان المقر عليه معسرا فان كان موسرا سعى له ولم يسع للمقر لانه معترف بأن لا حق له في السعاية بل في تضمين الشريك وهو عاجز عنه لانكاره ولا بينة له وقال محمد ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها وضمه في الكتاب قول أبي يوسف مع محمد بقوله وقالا باعتبار قول مرجوع لابي يوسف ولا ينبغي مثله أن يفعل الا أن يقرن بالبيان فيقال في قوله الاول مثلا والا أوهم أن ينسب اليه الآن ما ليس هو قائلا به واختلف المشايخ في أن خدمة المنكر هل هي واجبة عليها على قول محمد وأبي يوسف الاول فالصواب أن لا خدمة له عليها بل بمجرد اقرار المقر صار حق المنكر في سعايتها وتخرج بها الى الحرية وفي المختلف في باب محمد أن نفقتها في كسبها فان لم يكن لها كسب فنفقتها على المنكر ولم يذكر خلافا في النفقة وقال غيره نصف كسبها للمنكر ونصفه موقوف ونفقتها من كسبها فان لم يكن لها كسب فنصف نفقتها على المنكر لان نصف الجارية للمنكر وهذا اللائق بقول أبي حنيفة وينبغي على قول محمد أن لا نفقة لها عليه أصلا لانه لا خدمة له عليها ولا احتباس وأما جنايتها فتسعى فيها على قول محمد كالمكاتب وتأخذ الجناية عليها أي تأخذ جنايتها ممن جنى عليها لتستعين بها وعلى قول أبي حنيفة جنايتها موقوفة الى تصديق أحدهما صاحبه (قوله لهما أنه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقراره عليه فصار كأنه هو استولدها كما لو أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع يجعل كأنه هو الذي أعتق) حتى لو اشتراه عتق عليه واذا صار له حكم المستولد امتنع الاستخدام على المنكر كما لو استولدها المقر حقيقة فانه لا يكون للآخر الاستخدام والمقر أيضا امتنع عليه الاستخدام

(قوله كما اذا أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع) أقول قوله قبل متعلق بقوله أقر

العتق بالسعاية لتعذر ابقائها في يد المولى وملكه بعد اسلامها واصراره على الكفر (ولابي حنيفة أن المقر لو صدق) المقر به موقوف على مقدمة هي أن الخبر ينقسم الى صادق وكاذب قسمة حقيقية لايجتمعان ولا يرتفعان بناء على أن صدق الخبر وكذبه راجعان الى مطابقة الواقع وعدمها فالمقر إما أن يكون صادقا في اقراره أو كاذبا فان كان الاول (كانت الخدمة كلها للمنكر) وان كان الثاني (كان له نصف الخدمة فيثبت ماهو المتيقن به وهو النصف ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لانه يتبرأ عن جميع ذلك) أما عن الخدمة فبدعوى الاستيلاد وأما عن الاستسعاء فبدعوى الضمان ففي كلامه لف ونشر على ما ترى وقوله (والاقرار بأمومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب) جواب عن قولهما كأنه استولدها يعني أنه لما أقر بأمومية الولد والاقرار بها يتضمن الاقرار بالنسب والاقرار بالنسب أمر لازم لا يرتد بالرد حتى ان الرجل اذا أقر بنسب صغير لرجل فكذبه المقر له ثم أقر المقر بنسب ذلك الصغير لنفسه لم يصح لان النسب لا يرتد بالرد (فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد وان كانت أم ولد بينهما) بأن ولدت جارية بين رجلين ولدا فادعياه (فأعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقالا يضمن نصف قيمتها لان مالية أم الولد غير متقومة عنده) خلافا لهما وعلى هذا الاصل عدة مسائل ذكرها المصنف في كفاية المنتهى منها أنه اذا مات أحدهما حتى عتقت لم تسع للآخر عنده وعندهما تسعى ومنها أنها اذا ولدت فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه ولا شيء عليه لشريكه من الضمان ولا سعاية على الولد عنده وعندهما يضمن نصف قيمته لشريكه ان كان موسرا ويستسعى الولد في نصف قيمته ان كان معسرا ومنها أنه اذا غصب أم ولد فهلكت عنده لم يضمن شيأ عنده خلافا لهما

ولأبي حنيفة رحمه الله أن المقر لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر ولو كذب كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لانه يتبرأ عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان والاقرار بأمومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب وهو أمر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد (وان كانت أم ولد بينهما فأعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن نصف قيمتها) لان مالية أم الولد غير متقومة عنده ومتقومة عندهما وعلى هذا الاصل تبتنى عدة من المسائل أوردناها في كفاية المنتهى

لانه يدعي الملك على المنكر واذا امتنع الاستخدام على المنكر والحال أن نصيبه على ملكه في الحكم ثبت له حق استسعائها احتباس ماليتها ومنافعها عندها ولا وجه الى تضمين شريكه فاذا استسعاها فلا سبيل لأحد عليها فان المنكر أخذ حصته والمقر يبرئها منه ويدعي أن حقه في تضمين المنكر لدعواه الاستيلاد فصارت كأم ولد النصراني اذا أسلمت لما امتنع باسلامها مقاصد الملك عليه ولم يمكن اخراجها عن ملكه مجانا للاضرار به وجب أن تعتق بالسعاية (قوله ولابي حنيفة) وعلمت أن أبا يوسف معه (أن استحقاق المنكر نصف خدمتها ثابت بيقين) لان المقر إما صادق فيكون جميع خدمتها له لانها أم ولده وهو مستحق خدمتها أو كاذب فله نصفها والآخر للمقر فاستحقاقه نصفها متيقن وأما الشريك المقر فلا استخدام له عليها ولا استسعاء لانه يبرئها عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان على شريكه وهو لف ونشر مرتب وقولهما انقلب اقراره عليه قلنا ممنوع لان الاقرار بأمومية الولد اقرار بالنسب (وهو أمر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد) بنفسه حكما نعم يوجب ذلك أن يؤاخذ باقراره فيمتنع استخدامه واستسعاؤه وقد قلنا بذلك ولا يسري قوله في حق شريكه فيبقى حقه على ما كان وعتق العبد عليه لو اشتراه من هذا لاقراره على نفسه لا من الانقلاب وحاصله منع الانقلاب والجواب عما استدل به عليه (قوله وان كانت أم ولد بينهما) بأن ادعى كل منهما أنها أم ولده له (فأعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه للآخر عند أبي حنيفة وقالا يضمن نصف قيمتها) وان كان معسرا سعت للساكت فيه وأصل الخلاف في تقوم أم الولد فعنده غير متقومة وعندهما متقومة وهو قول سائر الفقهاء غير أبي حنيفة (وعلى هذا الاصل تبتنى عدة من المسائل) ذكرها المصنف في كفاية المنتهى احداها هذه والثانية أم الولد اذا ولدت ولدا وهي بين اثنين فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه وعتق ولا يضمن من قيمته شيأ للشريك عنده وعندهما يضمن نصف قيمة الولد لشريكه ان كان موسرا وان كان معسرا استسعى الولد في النصف يعني اذا بلغ حدا يستسعى فيه مثله ومنها أم الولد المشتركة بين اثنين اذا مات أحدهما لا تسعى للآخر عنده في نصف قيمتها وتسعى عندهما ومنها لو غصب أم الولد غاصب فماتت في يده لا يضمنها عنده ويضمن عندهما وذكر في الرقيات يضمنها عنده بالغصب كما يضمن به الصبي الحر حتى لو وضعها في مسبعة فافترسها سبع

(قوله والاقرار بالنسب أمر لازم لا يرتد بالرد) أقول فان قيل الاعتاق أيضا لا يرتد قلنا نعم والانقلاب فيه أيضا غير مسلم بل المقر مؤاخذ باقراره فليتأمل (قال المصنف فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد) أقول لا يقال التشبيه من بعض الوجوه كامتناع البيع لانه لا يتفرع عليه حينئذ قوله فيمتنع الخدمة (قوله منها أنه اذا مات أحدهما الخ) أقول سيجيء في آخر الباب أن بدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى تقوم ما يقابله ففي تفريع هذه المسئلة على التقوم كلام

وجه قولهما أنها منتفع بها وطأ أو اجارة واستخداما وهذا هو دلالة التقوم وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما فى المدبر ألا ترى أن أم ولد النصرانى اذا أسلمت عليها السعاية وهذا آية التقوم غير أن قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا الفوات منفعة البيع والسعاية بعد الموت بخلاف المدبر لان الفائت منفعة البيع أما السعاية والاستخدام باقيان ولابى حنيفة رحمه الله أن التقوم بالاحراز وهى محرزة للنسب لا للتقوم والاحراز للتقوم تابع ولهذا لا تسعى لغريم ولا لوارث بخلاف المدبر

يضمن عنده كما يضمن الصبى الحر بذلك لانه ضمان جناية لا ضمان غصب كما لو قتلها حيث يضمن بالاتفاق ومنها لو باعها وسلمها فماتت فى يد المشترى لا يضمن عنده ويضمن عندهما ومنها أمة حبلى بيعت فولدت لاقل من ستة أشهر من وقت البيع ثم ماتت الام عند المشترى فادعى البائع الولد صح وعليه أن يرد جميع الثمن عنده وعندهما يحبس ما يخصها من الثمن (قوله وجه قولهما) وهو قول الجمهور (أنها منتفع بها وطأ واجارة واستخداما) وكذا يملك كسبها ولو قال كل مملوك لى حر عتقت وهذا هو دلالة التقوم والفائت ليس إلا امكنة البيع وهو لا ينفى التقوم كما فى المدبر والآبق وامتناع سعايتها لغرماء المولى أو ورثته اذا لم يكن له مال سواها مثلا لانها مصروفة الى حاجته لدفع حاجته كى لا يضيع نسبه وماؤه وهذا مانع يخصها لا يوجد فى المدبر فلذا افترقا فى السعاية وعدمها (وهذا) أى الانتفاع المطلق شرعا على هذه الوجوه (دلالة التقوم) لان هذه الافعال لا تكون الا بملك اليمين فيها لعدم عقد النكاح والاجارة ولا زيادة بعد هذا الا ثبوت حق الحرية ولا تنافى بين حق الحرية والتقوم ألا يرى أن أم ولد النصرانى اذا أسلمت سعت له وهذا آية التقوم فى أم الولد مطلقا لانه لا قائل بالفصل بين أم ولد المسلم وأم ولد النصرانى فاذا ثبت التقوم فى احداهما ثبت فى الاخرى وكذا ولد المغرور اذا كانت أمه أم ولد فان المغرور يضمن قيمة ولده منها عندنا وحاصله دليلان الاول قياس على المدبر والثانى اجماع مركب وأيضا ثبتت ماليتها فلا تخرج عنها الا بمقتض وحق الحرية الطارئ بالاستيلاد ليس مقتضيا لذلك لثبوته مع انتفاء ذلك فى المدبر فان فيه حق الحرية مع انتفاء عدم المالية والتقوم لثبوتهما فيه (قوله غير أن قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا الفوات) منفعتين (منفعة البيع والسعاية بعد الموت) والباقى منفعة من ثلاث فحصتها ثلث القيمة (بخلاف المدبر فان الفائت منفعة البيع) فقط لانه يسعى بعد الموت اذا لم يخرج من الثلث بعد قضاء الدين ويستخدم فكانت قيمته ثلثى قيمته قنا وقوله على ما قالوا يفيد الخلاف وقد بيناه فى الكلام على قيمة المدبر فى مسئلة عبد بين ثلاثة نفر دبره أحدهم وأعتقه الآخر وسكت الآخر (قوله ولابى حنيفة) الحاصل أن ما ذكر من اللوازم انما هى لوازم الملك بعضها أعم منه يثبت مع غيره كالوطء والاستخدام والاجارة فان الوطء يثبت ولا ملك له فى المنكوحة والاستخدام والاجارة تثبت بالاجارة واللازم الخاص هو ملك الكسب ولا كلام فى ملك الرقبة انما الكلام فى التقوم والمالية والتقوم يثبت بالاحراز على قصد التمول حتى لا يكون العبد قبل الاحراز مالا متقوما الا بالملك وان ثبت معه والآدمى وان صار مالا متقوما بعد ان لم يكن فى الاصل مالا لانه خلق لان يكون مالكا للمال ولكن ذلك اذا أحرز للتمول وأم الولد اذا أحرزها واستولدها كان احرازه لها للنسب لا للتمول وان كان أول تملكها كان للتمول لكن عندما استولدها تحول صفتها عن المالية الى ملك مجرد عنها فصارت محرزة لما ذكرناه وهذه المقدمة تقبل المنع أعنى انتفاء صفة المالية والتقوم بالاحراز للنسب بأن يقال لا نسلم الملازمة بين الاحراز للنسب وانتفاء التقوم وجوابه أنه وان لم ينافه لكنه تابع فصار الاحراز فى حق التقوم كالمنتفى ويدل على ذلك ثبوت لوازم الانتفاء شرعا وهو عدم سعايتها الغريم أو وارث وان لم تخرج من الثلث أو لا مال له سواها وعليه ديون فان ما كان مالا متقوما فى حياته يتعلق به حق ورثته وغرمائه ولو فى بعض الصور كالمدبر لما لم يخرج من الثلث أو خرج والتركة مستغرقة تعلق به فيظهر أنه يعتبر حالة الحياة مالا غير أنه موصى به واذا لم يمكن اعتبار صحة الوصية فيه لما ذكرنا بطلت فسعى فى قيمته فظهر الفرق بين المدبر المقيس عليه وأم الولد وحيث

(وجه قولهما) فى تقوم أم الولد (أنها منتفع بها وطأ أو اجارة واستخداما)؟ بالاتفاق وكل ما هو كذلك فهو متقوم لان حل الوطء لا يكون الا بملك اليمين عند عدم النكاح (ألا ترى أن أم ولد النصرانى اذا أسلمت عليها السعاية) ولو لا تقومها لم يكن كذلك فان عورض بأن بيعها ممتنع وذلك دليل على عدم التقوم أجاب بقوله وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما فى المدبر وقوله (غير أن قيمتها) بيان لمقدار القيمة وهو واضح (ولابى حنيفة أن التقوم بالاحراز) للتمول ولا احراز للتمول فى أم الولد لانها محرزة للنسب لا للتمول وقوله (لا للتقوم) معناه للتمول وكذلك فى قوله (والاحراز للتقوم تابع) أى ليس بمقصود لانه اذا حصنها واستولدها ظهر أن احرازها للاستمتاع بملك المتعة لا لقصد التمول وقوله (ولهذا لا تسعى لغريم) جاز أن يكون بيانا وتوضيحا لقوله والاحراز للتقوم تابع يعنى أنه لو كان مقصودا لسعت لغريم أو وارث لتعلق حق الغرماء به بعد موته لكن اللازم باطل فكذلك الملزوم وجاز أن يكون بيانا لقوله وهى محرزة للنسب لا للتقوم وقوله (بخلاف المدبر) جواب عن قولهما كما فى المدبر يعنى

(قال المصنف وهذا هو دلالة التقوم) أقول فيه بحث لان أبا حنيفة يقول بل هذا هو دلالة الملك وهو غير التقوم ثم اعلم أن فى تقويم أم الولد روايتين عن أبى حنيفة كما سيجىء فى كتابة العبد المشترك من العناية وغيرها

ثبت

بخلاف المدبر فانه ليس بمحرز للتسب واهذا يتعلق به حق الغرماء وقوله (وهذا) اشارة الى الفرق بين أم الولد وبين المدبر وبيانه (أن السبب فيها) أى فى أم الولد (متحقق فى الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ماعرف فى حرمة المصاهرة) وكان ذلك يقتضى سقوط الملك والتقوم جميعا (الا أنه لم يظهر عمله فى حق) زوال (الملك ضرورة الانتفاع) كما لم يظهر فى زوال (٣٩٩) ملك النكاح لذلك ولا ضرورة فى اسقاط التقوم فعمل فيه السبب وأما فى المدبر فان السبب ينعقد بعد الموت لان قوله ان مت فانت حر تعليق محض والمعلق بالشرط لا ينعقد سببا عندنا قبل وجوده على ماعرف وقوله (وامتناع البيع فيه) جواب عن قولهما وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها وتقريره كان القياس أن لا يمتنع بيع المدبر الا أنه انما امتنع تحقيقا لمقصوده اذ لو جاز البيع لامتنع مقصود المدبر وهو العتق بعد موته وقوله (وفى أم ولد النصرانى) جواب عما قاسا عليه وقوله (قضينا بتكاتبها عليه) ليس المراد به حقيقة التكاتب ولكن لما حكمنا بانها تخرج عن ملكه باداء القيمة كانت فى معنى المكاتبة وانما فعلناه هكذا (دفعا للضرر عن الجانبين) أما فى حق أم الولد فلئلا تبقى تحت يد نصرانى وهى مسلمة وأما فى حق النصرانى فلئلا يبطل ملكه مجانا فلما كانت هى فى معنى المكاتبة كان ما أدته فى معنى بدل الكتابة وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى تقوم ما يقابله لانه فى الاصل مقابل بفك الحجر وفك الحجر غير متقوم فلذلك قلنا ان تكاتبها لم يقتض تقوم أم ولد النصرانى فاطرد ما قلنا والله أعلم

وهذا لان السبب فيها متحقق فى الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ماعرف فى حرمة المصاهرة الا أنه لم يظهر عمله فى حق الملك ضرورة الانتفاع فعمل السبب فى اسقاط التقوم وفى المدبر ينعقد السبب بعد الموت وامتناع البيع فيه لتحقيق مقصوده فافترقا وفى أم ولد النصرانى قضينا بتكاتبها عليه دفعا للضرر عن الجانبين وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى التقوم

ثبت التقوم فى المدبر ورد عليه لو كان متقوما جاز بيعه فأجاب عنه بأن عدم جواز بيعه لتحقق مقصود المدبر من نيله ثواب عتقه بعد موته والجواب عن الزام التقوم بأم ولد النصرانى بمنع تقومها والزام السعاية فيها ليس لذلك بل للضرورة اذ لا يمكن بقاؤها مسلمة مملوكة له ولا اخراجها عن ملكه مجانا وهو ملك صحيح فأنزلت مكاتبة عليه على قيمتها ونقول لا يفتقر بدل الكتابة الى التقوم لأنه فى أصله بمقابلة ماليس بمتقوم وهو فك الحجر ولو سلم فالامور الضرورية لا يقاس عليها ماليس فى محلها من تلك الضرورة أو نقول هو يعتقد المالية فيها وجواز بيعها والحكم المتعلق بهم يبتنى على اعتقادهم كما فى مالية الخمر أو ان مالكها لما احتبس عندها المعنى من جهتها كان مضمونا عليها وان لم يكن متقوما كالقصاص اذا احتبس نصيب أحد الشريكين عند القاتل بعفو الآخر يلزمه بدله وبهذا تم الوجه لابى حنيفة وأما قوله فى الكتاب (وهذا لان السبب فيها) أى فى أم الولد (متحقق فى الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد) فغير متوقف عليه الاثبات اذ قد ثبت شرعا بما ذكرنا عدم تقومها وانما هو بيان حكمة شرعية عدم تقومها يعنى أن حكمة اسقاط الشرع تقومها ثبوت الجزئية بينها وبين مولاها الحر الى آخر ما ذكر فى المصاهرة كما أشار اليه عمر حيث قال كيف تبيعوهن وقد اختلطت لحومهن بلحومكم ودماؤهن بدمائكم فالثبوت ذلك ثبت عدم المالية والتقوم وكان مقتضاه أن تنجز حريتها لكن انعقد الاجماع على عدمه فبقى فيما سواه وهو عدم التقوم لعدم الاجماع عليه وكذا يدل على عدم التقوم قوله عليه السلام أعتقها ولدها بهذا الطريق وهو أنه يدل على تنجز العتق لكن الاجماع على أن المراد أثبت لها الولد حق الحرية فبقى فيما سوى حقيقة العتق معمولا به ومنه سقوط التقوم فان قيل فالتدبير أيضا كذلك أى سبب فى الحال للعتق لما ذكر فى بابه فيجب أن ينتفى تقوم المدبر على وزان انتفائه بسبب أمومية الولد فالجواب أن ثبوت سببية التدبير فى الحال على خلاف القياس فى سائر التعليقات لضرورة هى أن تأخيره كغيره من التعليقات يوجب بطلانه لان ما بعد الموت زمان زوال أهلية التصرف فلا يتأخر سببية كلامه اليه فيتقدر بقدر الضرورة فيظهر أثره فى حرمة البيع خاصة لا فى سقوط التقوم بل يبقى فى حق سقوط التقوم على الاصل يعنى فتتأخر سببيته لسقوط التقوم الى ما بعد الموت وعلى هذا يحمل قول المصنف وفى المدبر ينعقد السبب بعد الموت ويندفع عنه الزام التناقض وذلك أن كلامه فى سقوط التقوم لام الولد فحاصل كلامه أن سبب سقوط التقوم فى أم الولد ثابت فى الحال وسبب سقوطه فى المدبر متأخر الى ما بعد الموت كما بينا

باب عتق أحد العبدين

هذا أيضا من عتق البعض غير أن الاول فى بعض الواحد وهذا الكلام فى بعض المتعدد فنزل الاول من

باب عتق أحد العبدين

لما فرغ من بيان عتق بعض العبدين عتق أحد العبدين وقدم الاول لان الواحد قبل الاثنين

فان بين الكلام الاول في الخارج عتق الخارج ويؤمر بالبيان في الكلام الثاني ويعتق من عينه وان بين الكلام الاول في الثابت عتق الثابت وبطل الكلام الثاني لانه صار خبرا فلا يستحق به العتق كما لو جمع بين حر وعبد وقال أحد كما حر لا يعتق العبد وان بدأ ببيان الكلام الثاني وقال عنيت بالكلام الثاني الداخل عتق الداخل ويؤمر ببيان الكلام الاول وان قال عنيت بالكلام الثاني الثابت عتق الثابت بالكلام الثاني وتعين الخارج للكلام الاول فيعتق الخارج أيضا (وان مات ولم يبين عتق من الذي أعيد عليه القول) يعني الثابت أعيد عليه قوله أحد كما حر (ثلاثة أرباعه ونصف كل واحد من الآخرين) يعني الخارج والداخل (عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد كذلك) يعني يعتق من الثابت ثلاثة أرباعه ومن الخارج نصفه (الا في العبد الآخر) وهو الداخل (فانه يعتق ربعه) باعتبار الاحوال والاصل في اعتبار الاحوال في حالة الاشتباه ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث

باب عتق أحد العبدين

(ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحد كما حر ثم خرج واحد ودخل آخر فقال أحد كما حر ثم مات ولم يبين عتق من الذي أعيد عليه القول ثلاثة أرباعه ونصف كل واحد من الآخرين عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله كذلك الا في العبد الآخر فانه يعتق ربعه)

هذا بمنزلة الجزء وهو مقدم على الكل لان الاول في عتق بعض ماهو بعض لهذا وهو الواحد (قوله ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحد كما حر ثم خرج واحد منهما ودخل آخر) وهو الباقي من الاعبد الثلاثة (فقال) المولى (أحد كما حر) فالمسئلة على ثلاثة أوجه أحدها أن يبين العتق قبل الموت والثاني أن يموت المولى قبل بيانه وهي مسئلة الكتاب والثالث أن يموت العبد قبل البيان وحكم هذا القول اذا وقع منه أن يؤمر المولى بالبيان وللعبيد مخاصمته في ذلك فاذا بين العتق في الثابت وهو العبد الذي لم يخرج بالكلام الاول عتق و بطل الكلام الثاني لانه حينئذ جمع بين حر وعبد وقال أحد كما حر انشاء في المبهم الدائر بينهما ولا يمكن ذلك الا اذا كان كل منهما محلا لحكمه والحر ليس كذلك فبطل انشائيته وصار خبرا بأن أحدهما حر وهو الثابت (١) فلا يفيد في الخارج عتقا فان قيل البيان له حكم الانشاء لانه في المعين والعتق المبهم لا ينزل في المعين فصار بيانه في الثابت كأنه انشاء لان العتق فيه بعد ما أعتق الاحد الدائر بينه وبين الخارج بالكلام الثاني ولو نجز عتق الثابت بعتق مستقل عتق الخارج فكذا يعتق بالبيان أجيب بأن البيان انشاء من وجه لا من كل وجه بل من حيث ان وقوع العتق الاول في المعين به لا يكون بالعتق الاول فقط لانه عتق مبهم وهو غير المعين يكون انشاء ومن حيث ان المولى يجبر على البيان اذا خاصمه العبدان ولا يجبر على انشاء العتق يكون اظهارا فعلى تقدير الانشاء يعتق الداخل وعلى تقدير الاخبار لا يعتق فلا يعتق بالشك وان بين بالكلام الاول عتق الخارج فلا اشكال ويؤمر ببيان الكلام الثاني و يعمل ببيانه وان بدأ ببيان الكلام الثاني فقال عنيت بالكلام الثاني الداخل عتق و يؤمر ببيان الاول فأيهما بينه من الخارج والثابت عمل به وان قال عنيت بالكلام الثاني الثابت عتق وتعين عتق الخارج بالكلام الاول ولا يبطل لان حال وجوده كانا رقيقين وان لم يبين المولى شيأ حتى مات أحد العبيد فالموت بيان أيضا فان مات الخارج تعين الثابت للعتق بالايجاب الاول والخارج بالايجاب الاول لزوال المزاحم و بطل الايجاب الثاني لما ذكرنا وان مات الثابت تعين الخارج بالايجاب الاول والداخل بالايجاب الثاني لان الثابت هو المزاحم لهما ولم يبق وان مات الداخل أمر ببيان الاول فان عنى به الخارج عتق الثابت أيضا بالايجاب الثاني وان عنى به الثابت بطل الايجاب الثاني لما ذكرنا وان مات المولى قبل البيان فهي مسئلة الكتاب واتفقوا فيها على عتق نصف الخارج وثلاثة أرباع الثابت واختلف في الداخل ومذهب أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يعتق نصفه أيضا وعند محمد يعتق ربعه واستشكل قولهما بعتق النصف وثلاثة الارباع مع قولهما بعدم تجزي الاعتاق والجواب أن قولهما بعدم تجزيه اذا وقع في محل معلوم أما اذا كان الحال انما هو الحكم بثبوته بالضرورة وهي مقتضية لانقسامه انقسم ضرورة والحاصل أن عدم التجزي عند الامكان والانقسام هنا ضروري ورده بعض الطلبة بمنع ضرورة الانقسام لان الواقع ان كل من عتق منه البعض الذي ذكر لا يقر في الرق بل يسعى في باقيه حتى يخلص كله حرا فيمكن أن نقول يعتق جميع كل واحد عندهما او يسعى في ذلك القدر فيتحد

(قوله ثلاثة أرباعه) أقول فاعل عتق

(١) قوله فلا يفيد في الخارج هكذا في النسخ ولعل الظاهر فلا يفيد في الداخل تأمل اهـ من هامش نسخة العلامة البحراوي

أما الخارج فلان الايجاب الاول دائر بينه وبين الثابت وهو الذى أعيد عليه القول فأوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيه فيصيب كلا منهما النصف غير أن الثابت استفاد بالايجاب الثانى ربعا آخر لان الثانى دائر بينه وبين الداخل وهو الذى سماه فى الكتاب آخرا فيتنصف بينهما غير أن الثابت استحق نصف الحرية بالايجاب الاول فشاع النصف المستحق بالثانى فى نصفيه فما أصاب المستحق بالاول لغا وما أصاب الفارغ بقى فيكون له الربع فتمت له ثلاثة الارباع ولانه لو أريد هو بالثانى يعتق نصفه ولو أريد به الداخل لا يعتق هذا النصف فيتنصف فيعتق منه الربع بالثانى والنصف بالاول وأما الداخل فمحمد رحمه الله يقول لما دار الايجاب الثانى بينه وبين الثابت وقد أصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل وهما يقولان انه دائر بينهما وقضيته التنصيف وانما نزل الى الربع فى حق الثابت لاستحقاقه النصف بالايجاب الاول كما ذكرنا ولا استحقاق للداخل من قبل فيثبت فيه النصف

الحاصل على قولهما وقول أبى حنيفة غير أنهم يسعون وهم عبيد عنده وعندهما يسعون وهم أحرار اذ الحاصل أن الضرورة أوجبت أن لا يعتق جميع واحد مجانا الا أن يعتق بعض فقط ثم يتأخر عتق الباقى الى أداء السعاية فلا يلزمهما مخالفة أصلهما وردّ على ذلك الطالب بأنه لو عتق الكل من كل واحد ابتداء ثم يسعى وهو حر لزم أن يكون موجب قول المولى أحدكما حر اعتاق الاثنين وهو باطل بل أحدكما لا يؤدى معنى كلاكما وقد يدفع عنه هذا بمنع كون الموجب ذلك بل موجبه عتق رقبة شائعة وانما عتق الكل من كل منهما للضرورة التى اقتضت توزيعه وحين لزم التوزيع فوجب عتق بعض وجب وقوعه فى الكل فكان التوزيع بمقتضى الضرورة فوقوع عتق النصف مثلا موجب التوزيع كوقوعه موجبا لقوله أعتقت نصفك فكما يقع انعتاق النصف انعتاقا للكل اذا وقع عن موجبه كذلك يقع هنا والحاصل أنه لا موجب أصلا لخروجهما عن أصلهما وموافقة أبى يوسف أبا حنيفة فى عتق نصف الداخل لا توجب موافقته فى التجزى ووجه الاتفاقية ماذكره المصنف بقوله (أما الخارج فلان الايجاب الاول دائر بينه وبين الثابت وهو الذى أعيد عليه القول فأوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيه فيصيب كلا منهما النصف) اذ لا مرجح (غير أن الثابت استفاد بالايجاب الثانى ربعا آخر لانه دائر بينه وبين الداخل فيتنصف بينهما) لكن نصف الثابت شاع فى نصفيه فما أصاب منه المعتق بالاول لغا وما أصاب الفارغ من العتق عتق فيسلم له الربع مضافا الى عتق النصف بالاول فتم له عتق ثلاثة أرباعه (ولانه لو أريد الثابت بالثانى يعتق نصفه) الباقى ولو أريد الداخل لا يعتق منه شئ فيعتق نصفه فى حال ولم يعتق منه شئ فى حال فينقسم النصف له فيعتق ربعه وقد كان عتق له النصف بالاول فيكمل له عتق ثلاثة الارباع وجه المذكور لمحمد فى الداخل أن الايجاب الثانى دائر بينه وبين الثابت وقد أصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل (قوله وهما يقولان) حاصله أن اصابة الربع عندهما ليس قضية الكلام بل قضيته عتق نصفه لكنه لشيوعه فى كله ونصفه شائعا معتق فما أصاب منه هذا النصف لغا وما أصاب القن عتق فلغا ربعه وهذا المعنى منتف فى النصف الذى أصاب الداخل وقد علمت آنفا أن محمدا موافق على هذا التوجيه وتقدم له أيضا أن الايجاب الثانى صحيح فى حالة وهى أن يريد بالكلام الاول الخارج غير صحيح فى حالة أخرى وهى أن يريد به الثابت لما تقدم وعلى تقدير صحته يثبت به عتق كامل بينهما لكل نصفه وعلى تقدير عدم صحته لا يثبت به شئ أصلا فانتصف الثابت به فأصاب كلا ربعه فلذا عتق من الثابت ثلاثة أرباعه ومن الداخل ربعه واذا عرفت هذا ظهر أن المذكور فى وجه الاتفاقية ليس على الاتفاق لان عتق ثلاثة أرباع الثابت على قول محمد ليس لذلك الوجه المذكور فانه لم يصبه النصف أصلا بل أصابه الربع ابتداء بما ذكر من الوجهين * واعلم أن قولهم يريد الخارج بالكلام الاول معناه يحتمل أن يبين الميت العتق فيه لو بينه قبل موته والا فالعتق المبهم لم يرد به المعين حال صدوره بل المبهم ثم بالتعيين ينزل ذلك المبهم فيه

أناسا الى بنى خثعم للقتال فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم بعض أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم فلما بلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بنصف العقل باعتبار الاحوال وذلك لان السجود منهم كان محتملا أن يكون لله تعالى فكان اسلاما ويجب بقتلهم جميع الدية وأن يكون لغير الله تقية من القتل على ما كان عليه عادتهم من السجود لتعظيم عظمائهم توقيا من شرهم فلا تجب بقتلهم الدية فلما وجبت من وجه ولم تجب من وجه أوجب النصف وأسقط النصف وعلى هذا مسائل أصحابنا فان قيل ما بال أبى حنيفة فى الخنثى يعطيه أقل النصيبين من غير اعتبار الاحوال أجيب بأنه انما يجب المصير الى اعتبار الاحوال فى موضع يتحقق فيه الاشتباه بصفة الاستمرار كالذى نحن فيه والخنثى ليس كذلك لانه اذا بلغ مبلغ الرجال أو النساء لا بد أن تنفلك ثدياه أو تنبت له لحية وحينئذ يرتفع الاشتباه والوجه من الجانبين على ما ذكره فى الكتاب وهو واضح

(قوله يتحقق فيه الاشتباه بصفة الاستمرار) أقول يعنى أن الكلام فى المستمر على الاشكال

قال (فان كان القول منه في المرض قسم الثلث على هذا)

وللشافعي في أصل المسئلة قولان في قول يقرع بينهم وفي الاصح يقوم الوارث مقام المولى في البيان وعند أحمد يقرع بينهم وكذا اذا قال لعبديه أحدكما حر يقرع بينهما فمن خرجت القرعة باسمه فهو حر ولا يصح بيانه الا أن يقول كنت نويته عند التلفظ لنا في تأصيل اعتبار الاحوال ما روى أنه عليه السلام بعث سرية الى خثعم للقتال فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم بعض أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فقضى النبي صلى الله عليه وسلم بنصف العقل وليس هذا الا لاعتبار الاحوال لان السجود جاز كونه لله فيكون اسلاما فيجب كمال العقل وجاز كونه تعظيما للظاهرين عليهم تقية من القتل كما يفعلونه فكان موجبا للكمال في اعتبار غير موجب في اعتبار فقضى بالنصف ووجه اعتبار القرعة حديث عمران بن حصين أن رجلا أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثا ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة رواه الجماعة الا البخاري وهذا الحديث صحيح لكنهم لم يقبلوه لانقطاعه باطنا وقد علمت أن ما صح سنده جاز أن يضعف بعلة قادحة ومن العلل مخالفة الكتاب والسنة المشهورة وكذا مخالفة العادة القاضية بخلافه قالوا هذا يخالف نص القرآن بتحريم الميسر فانه من جنسه لان حاصله تعليق الملك أو الاستحقاق بالخطر والقرعة من هذا القبيل لانها توجب استحقاق العتق ان ظهر كذا الا ان ظهر كذا وأما قضاء العادة بخلافه فانها قاضية بنفي أن واحدا يملك ستة أعبد ولا يملك غيرهم من درهم ولا ثوب ولا نحاس ولا دابة ولا قمح ولا دار يسكنها ولا شيء قليل ولا كثير وما قيل من أنه قد يتفق للعرب ذلك لما أخذوا غلتهم أو يكون وقع له ذلك في غنيمة ان كان مع الفرض الذي فرضناه من عدم شيء قليل أو كثير من كل نوع فهو أيضا مما تقضي العادة بنفيه لانه أندر نادر فكان مستحيلا في العادة والعرف فوجب رد الرواية لهذه العلة الباطنة كما قالوا في المتفرد بزيادة من بين جماعة لا يغفل مثلهم عن مثلها مع اتحاد المجلس أنه يحكم بغلطه وصار هذا من جنس خبر الواحد فيما تعم به البلوى وأما ما قيل أنها واقعة حال فلا تعم فليس بشيء لان الفعل وان لم يعم فانه يدل على طريق صحيح واذا كان طريقا صحيحا جاز ارتكابه وتقرر الحكم به والا فمثله يلزم فيما استدللتم به لاعتبار الاحوال من قصة الخثعميين بلا فرق وكذا نحوه من أوجه ضعيفة وحقيقة الوجه ليس الا دلالة العادة والكتاب على نفي مقتضاه فيحكم بغلطه من بعض رواته عن عمران ولذلك أجمع على عدم الاقراع عند تعارض البينتين للعمل بأحدهما وعلى عدمها أيضا عند تعارض الخبرين ونحن لا ننفي شرعية القرعة في الجملة بل نثبتها شرعا لتطييب القلوب ودفع الاحقاد والضغائن كما فعل عليه الصلاة والسلام للسفر بنسائه فانه لما كان سفره بكل من شاء منهن جائزا الا أنه ربما يتسارع الضغائن الى من يخصها من بينهن فكان الاقراع لتطييب قلوبهن وكذا اقراع القاضي في الانصباء المستحقة والبداية بتحليف أحد المتحالفين انما هو لدفع ما ذكرنا من تهمة الميل والحاصل أنها انما تستعمل في المواضع التي يجوز تركها فيها لما ذكرنا من المعنى ومنه استهام زكريا عليه السلام معهم على كفالة مريم عليها السلام كان لذلك والا فهو كان أحق بكفالتها لان خالتها كانت تحته والله أعلم فأما ان يتعرف بها الاستحقاق بعد اشتراكهم في سببه فأولى منه ظاهر التوزيع لان القرعة قد تؤدي الى حرمان المستحق بالكلية لان العتق اذا كان شائعا فيهم يقع في كل منهم منه شيء فاذا جمع الكل في واحد فقد حرم الآخر بعض حقه بخلاف ما اذا وزع فانه ينال كلا شيء وأما اذا لم يكن شائعا فيهم كما تقدم في العشرة المالكين لعشر جوار اذا أعتق أحدهم جاريته ثم لم تدر وصار ملك العشر لواحد حيث يعتق من كل عشرها وتسعى في تسعة أعشارها ففيه اصابة المستحق بعض حقه يقينا ومع القرعة جاز أن يفوتها كل حقها (قوله فان كان هذا القول منه في المرض قسم الثلث على هذا) لان العتق في المرض وصية ومحل نفاذ الوصية الثلث فان كانوا يخرجون من الثلث فلا اشكال وان لم يخرجوا وليس له مال سواهم ولم تجز

هذا اذا كان في الصحة (فان كان القول منه في المرض) فان كانوا يخرجون من الثلث فالجواب كذلك وان لم يخرجوا كان الثلث وهو عتق رقبة يقسم بينهم على قدر سهام وصاياهم لان العتق حينئذ وصية والوصية تنفذ من الثلث فيضرب كل بقدر وصيته

نجعل أولا كل رقبة على أربعة أسهم (لحاجتنا الى ثلاثة الارباع) فالخارج يضرب بنصف الرقبة وهو سهمان فكذا الداخل ويضرب الثابت بثلاثة الارباع وهي ثلاثة أسهم فمجموع سهام الوصايا سبعة فاذا كان الثلث سبعة كان الجميع أحدا وعشرين وثلثاه أربعة عشر لامحالة فيعتق من الخارج سهمان ويسعى في خمسة وكذلك الداخل ويعتق من الثابت ثلاثة أسهم ويسعى في الاربعة وأما على قول محمد فيضرب الخارج بسهمين والثابت بثلاثة أسهم والداخل بسهم فكانت سهام الوصايا ستة فاذا كان الثلث ستة كان جميع المال ثمانية عشر فالخارج يعتق منه سهمان ويسعى في أربعة والثابت يعتق منه ثلاثة ويسعى في ثلاثة والداخل يعتق منه سهم ويسعى في خمسة فكان نصيب السعاية وهو نصيب الورثة اثنى عشر وسهام الوصايا ستة فان قيل ينبغي أن يعتقوا ولا سعاية عليهم أصلا أجازت الورثة أو لم يجيزوا عندهما لان الاعتاق لا يتجزأ أجيب بان الاعتاق عندهما لا يتجزأ اذا صادف محلا معلوما أما اذا كان بطريق التوزيع والانقسام باعتبار الاحوال فلا لان ثبوته حينئذ بطريق الضرورة وما كان كذلك لا يتعدى موضعها (قوله ولو كان هذا) أي ولو كان هذا الكلام (في الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه) وهي مسئلة الزيادات يحتج بها محمد عليهما حيث اختلف فيها نصيب الداخلة والخارجة وصورة المسئلة واحدة والثمن في الصداق بمنزلة الربع من العتاق لان المستحق بالطلاق سقوطا على النصف من المستحق بالعتق ثبوتا في الايجاب الثاني

وشرح ذلك أن يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما لانا نجعل كل رقبة على أربعة لحاجتنا الى ثلاثة الارباع فنقول يعتق من الثابت ثلاثة أسهم ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة والعتق في مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث فلا بد أن يجعل سهام الورثة ضعف ذلك فيجعل كل رقبة على سبعة وجميع المال أحد وعشرون فيعتق من الثابت ثلاثة ويسعى في أربعة ويعتق من الباقيين من كل منهما سهمان ويسعى في خمسة فاذا تأملت وجمعت استقام الثلث والثلثان وعند محمد رحمه الله يجعل كل رقبة على ستة لانه يعتق من الداخل عنده سهم فنقصت سهام العتق بسهم وصار جميع المال ثمانية عشر وباقي التخريج ما مر (ولو كان هذا في الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه)

الورثة قسم الثلث وهو عتق رقبة بينهم على قدر سهامهم من الوصية فيضرب كل بقدر وصيته قال المصنف (وشرح ذلك أن يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما) أي قول أبي حنيفة وأبي يوسف أما على قول محمد فستة وذلك (لانا نجعل كل رقبة على أربعة) وانما نجعل كل رقبة على أربعة (لحاجتنا الى ثلاثة أرباع فنقول يعتق من الثابت ثلاثة منه) من أربعة (ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة) خارجة من الثلث فلا بد من كون سهمان الورثة ضعفها لان الثلثين ضعف الثلث وهما سهامهم فيبلغ كل المال أحدا وعشرين وكل المال هو الاعبد الثلاثة فيكون كل منهم سبعة أسهم وهو ثلث المال بالضرورة فيعتق من الثابت ثلاثة من سبعة ويسعى في أربعة ومن الآخرين الداخل والخارج من كل منهما سهمان ويسعى في خمسة فصار ثلاثة أرباع الثابت الى ثلاثة أسباعه وذلك أقل من نصفه بنصف سبع وصار نصف كل من الآخرين سبعين وذلك أقل من ثلثه بثلث سبع وأما قول محمد فانما يضرب الداخل بسهم ويسعى في خمسة فصار ربعه سدسا وعلى هذا تكون سهام العتق ستة وسهام الورثة ضعفها البتة فتكون كل التركة ثمانية عشر فيجعل كل عبد على ستة فيعتق من الثابت ثلاثة ويسعى في ثلاثة فكان المعتق من مستحق ثلاثة الارباع على قوله نصفه وعلى قولهما يعتق منه نصفه الا نصف سبع ومن الخارج سهمان وهما ثلثه ويسعى في أربعة وعلى قولهما يعتق ثلثه الا ثلث سبع ومن الداخل سهم واحد وهو سدسه وعلى قولهما يعتق سبعاه ولا يخفى أن الحاصل للورثة لا يختلف (قوله ولو كان هذا في الطلاق) يعني قال لزوجتين له احدا كما طالق فخرجت احداهما ودخلت زوجة له ثالثة فقال احدا كما طالق (وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه) ووجب لها ثلاثة أرباعه (ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه) ووجب لها خمسة أثمانه (ومن مهر الداخلة ثمنه) ووجب لها سبعة أثمانه فألزمهما محمد رحمه الله المناقضة فان سقوط ربع مهر الخارجة لوقوع

(قوله فان قيل ينبغي أن يعتقوا ولا سعاية عليهم أصلا الخ) أقول قوله ولا سعاية عليهم منظور فيه وقوله لان الاعتاق لا يتجزأ لا يفيده فان كل واحد منهم يكون عندهما حينئذ حرا مديونا يسعى في دينه فليتأمل فانه يمكن أن يجاب أن المراد هو السعاية للخلاص من الرقبة ألا ترى الى وجه الفرق عند أبي يوسف حيث جعل كلا من العبدين محلا للعتق والى قولهم بالتجزي في الطلاق مع أنه أبعد عنه من العتاق لكونه محلا للاجتهاد فيه (قوله أجيب بأن الاعتاق الخ) أقول ورد هذا الجواب في فتح القدير فراجعه ان شئت (قوله لأن ثبوته حينئذ بطريق الضرورة الخ) أقول الشيء اذا ثبت ولو بالضرورة ثبت بجميع لوازمه ومن لوازم الاعتاق عندهما أن يسري ولا يتجزأ يظهر ذلك بملاحظة ما ذكراه في تعليل عدم تجزي الاعتاق

(فقيل هذا قول محمد) فلا يكون حجة عليهما الا ان عندهما يسقط ربعه (وقيل هو قولهما أيضا) فلا بد من الفرق بين العتق والطلاق وفرق بان الثابت فى العتق بمنزلة المكاتب لانه حين تكلم كان له حق البيان وصرف العتق الى أيهما شاء من الثابت والخارج فما دام له حق البيان كان كل واحد من العبدين حرا من وجه عبدا من وجه فاذا كان الثابت كالمكاتب كان الكلام الثانى صحيحا من كل وجه لانه دائر بين المكاتب والعبد الا أنه أصاب الثابت منه الربع والداخل النصف لما قلنا فاما الثابتة فى الطلاق فمترددة بين أن تكون منكوحة وبين أن تكون أجنبية لان الخارجة اذا كانت مرادة بالايجاب الاول كانت الثابتة منكوحة فيصح الايجاب الثانى وان كانت الثابتة هى المرادة بالايجاب الاول كانت أجنبية فيلغو الايجاب الثانى فجعلت أجنبية من وجه دون وجه فيصح الايجاب الثانى من وجه دون وجه فيسقط نصف النصف وهو الربع موزعا بين مهر الداخلة والثابتة فيصيب كل واحدة منهما الثمن وأما التفريعات فمنها ما ذكرنا فى أول البحث اذا كان المولى والعبيد أحياء ومنها اذا كان المولى حيا ومات أحد العبيد فان مات الثابت عتق الخارج والداخل أما الخارج فلأن الكلام الاول أوجب عتق رقبة بينه وبين الثابت (٤٠٤) فبطلت بموته مزاحمته وكذلك الكلام الثانى أوجب عتق رقبة بين الثابت والداخل و بطلت مزاحمة الثابت هذا عندهما وأما عند محمد فانما يعتق الخارج لما قلنا وأما الداخل فلان الثابت لما تعين للرق بموته ظهر أن الكلام الثانى صحيح بكل حال فصار قوله كقولهما وان مات الداخل قيل للمولى أوقع العتق على أيهما شئت من الخارج والثابت فان أوقعه على الخارج عتق الثابت أيضا لانه ظهر أنه كان عبدا عند الايجاب الثانى وبطل مزاحمة الداخل بموته وان أوقعه على الثابت لم يعتق الخارج بلا شبهة وكذا الداخل لان المضموم اليه حر قال الامام فخر الاسلام فى شرح الزيادات هذا عند محمد فأما عندهما فيجب أن يعتق الخارج والثابت لان الكلام الثانى صحيح تعين له الثابت بموت الداخل فأوجب تعينه تعين الخارج بالكلام الاول وان مات الخارج تعين الثابت بالكلام الاول وبطل الكلام   الثابت الثانى لان المضموم اليه حر هذه تفريعات العتاق وأما تفريعات الطلاق فمنها أن الزوج اذا كان حيا والنسوة أحياء وأوقع الطلاق الاول على الخارجة صح الكلام الثانى وله الخيار فى تعيين الثابتة أو الداخلة بالثانى وان أوقعه على الثابتة لغا الكلام الثانى وان أوقع الطلاق الثانى على الداخلة كان له الخيار فى تعيين الخارجة أو الثابتة بالكلام الاول ومنها أن الثابتة لو ماتت والزوج حى طلقت الخارجة والداخلة لما قلنا من بطلان المزاحمة بموتها ولكل واحدة ثلاثة أرباع المهر وان ماتت الداخلة كان مخيرا فى الاخريين بالكلام الاول فان أوقعه على الخارجة طلقت الثابتة أيضا لانعدام مزاحمة الداخلة بالموت وان أوقعه على الثابتة لم تطلق الخارجة فان ماتت الخارجة طلقت الثابتة ولم تطلق الداخلة لما مر فى مسئلة العتاق ومنها أن ميراث النساء وهو الربع أو الثمن ينقسم بين الداخلة والاوليين نصفين نصفه للداخلة لانه

قيل هذا قول محمد رحمه الله خاصة وعندهما يسقط ربعه وقيل هو قولهما أيضا وقد ذكرنا الفرق وتمام تفريعاتها فى الزيادات

طلاق بينها وبين الثابتة يسقط به نصف مهر من مهريهما ليست احداهما أولى بسقوطه من الاخرى فوزع بينهما فسقط من كل من الخارجة والثابتة ربع مهرها والكلام الثانى موجب فى حال هى أن تراد الخارجة دون حال وهى أن تراد الثابتة لانه يصير جامعا بين أجنبية ومنكوحة لانه لا عدة لانه قبل الدخول فيتنصف و يثبت به سقوط الربع موزعا فيسقط ثمن مهر الداخلة ومثله من مهر الثابتة فيضم الى ما سقط مع الاولى فيتم لها ثلاثة أثمانه فيجب مثله فى مسئلة العتق فيعتق ربع الداخل لان الثمن فى الطلاق قبل الدخول بمنزلة الربع لان الساقط به نصف المهر والثمن هو ربع النصف قال المصنف فى جوابه (قيل هذا) أى المذكور فى الطلاق (قول محمد وحده أما عندهما فيسقط ربع مهر الداخلة) لا الثمن فلا يتم به الالزام (وقيل) بل (هو قولهما أيضا) والفرق ذكر المصنف أنه ذكره فى زياداته وذكر تمام تفريعاتها أيضا فيها أما التفريعات فما قدمناه فى بيان العتق قبل موت أحد وبعد موت أحد العبدين وأما التفريعات فى الطلاق فمنها أن ميراث النساء وهو الربع أو الثمن ينقسم بين الداخلة والاوليين نصفين نصفه للداخلة لانه لا يزاحمها الا احدى الاوليين أعنى الثابتة والنصف الآخر بين الاوليين لان احداهما ليست أولى به من الاخرى ومنها أن الثابتة لو ماتت والزوج حى طلقت الخارجة والداخلة لما ذكرنا فى العتاق ولكل واحدة على الزوج ثلاثة أرباع المهر وان ماتت الداخلة كان عليه بيان الكلام الاول فان أوقعه على الخارجة طلقت الثابتة أيضا لعدم مزاحمة الداخلة بالموت وان أوقعه على الثابتة لم تطلق الخارجة وان ماتت الخارجة طلقت الثابتة دون الداخلة لما ذكرنا فى مسئلة العتق ولو لم تمت واحدة منهن حتى بين الزوج الطلاق الاول فى الخارجة صح وعليه بيان الثانى وله الخيار فى تعيين الثابتة أو الداخلة به وان بين الطلاق الاول على الثابتة لغا الكلام الثانى وان أوقع الطلاق الثانى على الداخلة كان له الخيار فى تعيين الخارجة أو الثابتة بالكلام الاول وان أوقعه على الثابتة طلقت وطلقت الخارجة أيضا لما تقدم وأما الفرق فهو أن الكلام الثانى فى العتق صحيح من كل وجه فى حق الداخل ولا اشكال فيه وكذا فى حق

(قوله كانت أجنبية الخ) أقول اذا الكلام فى الطلاق قبل الدخول ولا عدة عليها حينئذ

(ومن قال لعبديه أحدكما حر فباع أحدهما أومات أوقال له أنت حر بعد موتي عتق الآخر)

الثابت أما على قول أبي حنيفة رحمه الله فظاهر لانه عتق نصفه وهو يقول بتجزي الاعتاق ومعتق البعض كالمكاتب والمكاتب محل للعتق فصح اللفظ الثاني بالنسبة اليه أيضا بخلاف الطلاق لانه ليس بين كون المرأة محلا للطلاق وغير محل له واسطة والطلاق المذكور قبل الدخول فلزم كون الايجاب الثاني فيه دائرا بين كونه موجبا لسقوط النصف وكونه غير موجب شيأ بخلافه في العتق وأما على قول أبي يوسف وهو لا يقول بتجزي الاعتاق فلان الثابت دائر بين أن يكون حرا وبين أن يكون عبدا فكان كالمكاتب والمكاتب محل للعتق الى آخر ماذكرنا لابي حنيفة ولا يخفى أن المراد من كون الثابت عتق نصفه على قول أبي حنيفة فيصير بذلك مكاتبا في الايجاب الثاني انما هو بعد موت المولى والا فالايجاب الاول انما مقتضاه عتق واحد من الاثنين بكماله فلا يحكم بعتق نصف أحد به لكن عند تعذر الوقوف على ذلك الواحد بموت المولى قسمناه بينهم فقد يقال من طرف محمد رحمه الله ان اعتبار الاحوال انما هو حال صدور ما يجب اعتباره وحال صدور الايجاب الثاني لم يكن في الثابت عتق أصلا ويجاب بأنه انما يجب الاعتبار حال صدوره اذا كان لتعرف حكمه اذذاك ونحن انما نريد أن نتعرف حكم الكلام بعد الموت وفرق آخر وهو أن الكلام الاول يعتبر تعليقا في حق الداخل بحكم يقبل التعليق وهو وقوع العتق أما البراءة عن المهر فلا تحتمله من جهة الزوج فان البراءة انما تكون من قبل المرأة فيعتبر تنجيزا في حق البراءة واذا اعتبر تنجيزا كان الكلام الثاني مترددا بين أن يوجب أولا يوجب شيأ فأوجب سقوط ربع المهر من الثابتة والداخلة فيسقط من الداخلة ثمن وتستحق ثلاثة أثمان مهرها ومن الثابتة كذلك وكان سقط ربعها بالاول فيسقط ثلاثة أثمان مهر وتستحق ثمنا واحدا هذا ولا يخفى أن تخصيص أبي يوسف في الفرق بما ذكر يقتضي أنه لا يقول بتجزي الاعتاق في الاعبد فمقوى به ماذكرنا من سقوط ذلك السؤال (قوله ومن قال لعبديه أحدكما حر فباع أحدهما أومات أوقال له) أي لاحدهما (أنت حر بعد موتي عتق الآخر) المقصود ذكر ما يقع به البيان في العتق المبهم ومعلوم أن العتق المبهم يوجب البيان كالطلاق المبهم عندنا وعند الشافعي ومالك وعند أحمد لا بيان الا بالقرعة وباللفظ لا يصح الا أن يقول كنت نويته عند التلفظ به وعند الظاهرية لا يعتق أصلا والبيان يقع صريحا كقوله اخترت أن يكون هذا حرا بذلك اللفظ الذي قلته أو يقول أنت حر بذلك العتق أو أعتقتك بذلك العتق أما اذا اقتصر على قوله أنت حر ثم قال أردت بذلك العتق فانه يصدق قضاء فلا يعتق الآخر ولو لم يقل شيأ عتق هو والآخر معا لان هذا عتق آخر نازل بغير الاول وبه لم يبق محلا لنزول عتق آخر فكان كالموت فتعين الآخر للعتق بذلك الاعتاق ودلالة كما اذا باع مطلقا أو بشرط الخيار لاحد المتبايعين بيعا صحيحا أو فاسدا مع قبض ودونه في الصحيح لان البيان يقع بتصرف مختص بالملك سواء كان مخرجا له عن الملك كما لو نجز عتق أحدهما أو باعه أولا ولذا عتق الآخر بالمساومة في صاحبه وهذا لان ذلك يدل على قصده استبقاء ملكه في الذي تصرف فيه فيقع بيانا للعتق الآخر وحكما كما اذا مات أحدهما فانه يعتق الآخر وليس بيانا من المتكلم لانه ليس اختيارا ولان البيان انشاء من وجه ولا انشاء في الآخر بموت قرينه لان الانشاء صفة اللفظ بل لزم من طريق الحكم ذلك بسبب فوات محلية الذي مات لنزول العتق فيه ولابد من عتق أحدهما بعينه فلزم لذلك الكلام عتق الحي وما يقع به البيان في العتق المبهم المنجز يقع به في المعتق المبهم المعلق كان قال اذا جاء زيد فأحدكما حر فلو مات أحدهما قبل الشرط أو تصرف فيه بازالة الملك ثم جاء زيد عتق الباقي وفرق بين البيان الحكمي والصريح فان الحكمي قد رأيت أنه يصح قبل الشرط بخلاف الصريح فانه لو قال قبل الشرط اخترت أن يعتق فلان ثم وجد الشرط لا يعتبر لانه اختيار قبل وقته كما لو قال أنت حر ان دخلت هذه الدار أو هذه ثم عين احداهما للحنث لا يصح تعيينه ولو باع أحدهما أو كليهما ثم اشتراهما

لا يزاحمها الا احدى الاوليين والنصف الآخر بين الاوليين لان احداهما ليست بأولى به قال (ومن قال لعبديه أحدكما حر) كلامه على ما ذكر في الكتاب واضح

(قوله لا يزاحمها الا احدى الاوليين) أقول يعني الثابتة

خلا أن قوله لأنه لم يبق محلا للعتق أصلا بالموت أورد عليه مالو قال لامتيه احدى هاتين ابنتي أو أم ولدي وماتت احداهما لم تتعين الحرية والاستيلاد في الحية وأجيب بان هذا الكلام ليس بايقاع بصيغته بل هو اخبار ويجوز أن يخبر بهذا عن الميت والحي فيرجع الى بيان المولى وأما الانشاء فلا يصح الا في الحي وأما في مسئلتنا فانما تعين أحدهما للحرية اذا مات الآخر لان البيان قائم بوصفين بوصف الانشاء وبوصف الاظهار وهذا لان قوله أحدكما حر لا يثبت العتق في واحد منهما بعينه ولهذا قيل فيه العتق غير نازل فبالنظر الى هذا يكون البيان انشاء ومن حيث ان العتق

لا يعدوهما كان البيان اظهارا ولهذا يعتبر البيان من جميع المال ان كان في مرض الموت لوجود العتق المبهم في الصحة واذا كان كذلك فانما يصح البيان في محل يحتمل الانشاء والميت لا يحتمل الانشاء فتعين الآخر للعتق ضرورة وقوله (وكذا اذا استولد احداهما) يعني اذا وطئ احداهما فعلقت منه لانها صارت أم ولد له فمن ضرورة صحة أمية الولد واستحقاق العتق بها انتفاء العتق المنجز عنها واذا انتفى عن احداهما تعين في الاخرى لزوال المزاحمة وقوله (للمعنيين) يعني عدم محلية العتق بالاستيلاد من كل وجه وابقاء الانتفاع الى موته (ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه و) البيع (المطلق) عن الخيار (و) البيع (بشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب) يعني الجامع الصغير حيث قال فيه باع أحدهما ولم يقيده بشئ (والمعنى ماقلنا) وهو أنه قصد الوصول الى الثمن والوصول اليه ينافي العتق فتعين الآخر له (والعرض

لانه لم يبق محلا للعتق أصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير فتعين له الآخر ولانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن وبالتدبير ابقاء الانتفاع الى موته والمقصودان ينافيان العتق الملتزم فتعين له الآخر دلالة وكذا اذا استولد احداهما للمعنيين ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والمطلق وبشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب والمعنى ماقلنا والعرض على البيع ملحق به في المحفوظ عن أبي يوسف والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لانه تمليك

ثم جاء زيد ثبت حكم العتق المبهم فيعتق أحدهما ويؤمر بالبيان لان زوال الملك بعد اليمين لا يبطلها وعن محمد لو كان اليمين قبل الحرية المجهولة يعني قال لعبده ان دخلت فأنت حر ثم قال له مع آخر أحدكما حر ثم وجد الشرط فعتق ذلك المحلوف بعتقه عتق الآخر لفوات محلية المحلوف بعتقه بالعتق فصار كونه ولو كاتب أو رهن أو آجر يكون بيانا ولو استخدم أحدهما أو قطع يده أو جنى عليه لا يكون بيانا (قوله لانه لم يبق محلا للعتق أصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع) أي ولم يبق محلا للعتق من جهة المولى المتكلم بالعتق المبهم بسبب بيعه اياه (وللعتق من كل وجه) أي ولم يبق محلا للعتق من كل وجه وهو العتق الملتزم بقوله أحدكما حر فان حاصله تعليق عتق كامل بالبيان وبالتدبير لم يبق عتقه عتقا كاملا لاستحقاقه العتق عند الموت (فتعين الآخر ولانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن وبالتدبير) قصد (استبقاء الانتفاع به مدة حياته وان يعتقه بعد موته (والمقصودان) يعني الوصول الى الثمن والانتفاع المستمر الى الموت (ينافيان العتق الملتزم بالايجاب المبهم فيتعين له الآخر دلالة) (قوله وكذا اذا استولد احداهما) أي اذا وطئ احداهما فعلقت لانها صارت أم ولد له فتعينت الاخرى للعتق للمعنيين وهما كونها لم تبق محلا للعتق من كل وجه كالمدبر وقصد ابقائها للانتفاع بها الى الموت وانما قيدنا الوطء بالمعلق لان الوطء غير المعلق ليس بيانا عند أبي حنيفة كما سنذكر واستشكل على تعين الآخر بموت أحدهما مالو اشترى أحد العبدين وسمى ثمن كل منهما على أنه بالخيار يأخذ أيهما شاء فمات أحدهما حيث يتعين للبيع الميت لا الحي مع أن بالموت لم تبق محلية البيع كما لم تبق محلية العتق ومالو قال لامتيه احدى هاتين بنتي أو أم ولدي ثم ماتت احداهما لا تتعين الحية للاستيلاد ولا للحرية وجواب الاول بالفرق بأن عند اشراف أحدهما على الموت تعين البيع فيه لانه تعذر رده كما قبضه فانه لا يخلو عن مقدمة تعيب فانما تعين للبيع وهو حي لا ميت ولا يتعين العتق بالاشراف على الموت فلو عتق كان بعد الموت فامتنع فمات رقيقا العدم موجب النقل فتعين الآخر للعتق وجواب الثاني بأنه ليس ايقاعا بصيغته بل اخبار ويجوز أن يخبر بهذا عن الحي والميت فيرجع الى بيان المولى وقوله (لاطلاق جواب الكتاب) يريد الجامع الصغير وقوله (والمعنى ماقلنا) أي من أنه قصد الوصول الى الثمن والوصول الى الثمن ينافي العتق فتعين الآخر للعتق (قوله والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لانه تمليك) روى عن محمد في

على البيع ملحق بالبيع في المحفوظ عن أبي يوسف) روى ابن سماعة عن أبي يوسف اذا ساوم أحدهما كان بيانا يعني لتعين العتق في الآخر قيل مثل هذه العبارة يستعمل فيما سمع وحفظ ولم تثبت الرواية عنه مكتوبة وقوله (والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع) قيل التسليم ليس بشرط وانما ذكره تأكيدا لان محمدا رحمه الله ذكر في الاملاء الاملاء اذا وهب أحدهما وأقبضه أو تصدق وأقبض

(قال المصنف لاطلاق جواب الكتاب) أقول مجرد الاطلاق لا يكفي لانه ينصرف الى الكمال فالمآل الى ملاحظة المعنى (قوله ولم تثبت الرواية عنه مكتوبة) أقول يعني في الأصول (قوله قيل التسليم ليس بشرط وانما ذكره تأكيدا لأن محمدا الخ) أقول يعني انما ذكره تبعا لمحمد لا لانه شرط

عتق الآخر ولان البيع الفاسد يعين الآخر للعتق وان لم يكن قبض فكذلك الهبة والصدقة لان كلا منهما لا يفيد الملك بدون القبض وهذا لان التعيين انما يحصل بوجود تصرف يختص بالملك وقد وجد (وكذلك اذا قال لامرأتيه احدا كما طالق ثم ماتت احداهما لما بينا) أن الميت لم يبق محلا للعتق فكذلك لم يبق محلا للطلاق فتعين الاخرى له (وكذا لو وطئ احداهما لما بينا) فى المسئلة التى بعد هذه (ولو قال لامتيه احدا كما حرة ثم جامع احداهما لم تعتق الاخرى عند أبى حنيفة وقالا تعتق لان الوطء لا يحل الا فى الملك واحداهما حرة) لا ملك فيها فالوطء لا يحل فيها فاذا وطئ احداهما جعل مستبقيا الملك فيها ليقع الوطء حلالا حملا لامره على الصلاح فاذا تعينت تلك للملك تعينت الاخرى لزواله بالعتق (ولابى حنيفة رحمه الله أن الملك قائم فى الموطوأة) أى فى التى توطأ من كل منهما واذا كان الملك قائما كان وطؤها حلالا أما أن الملك قائم فلان ايقاع العتق انما هو فى المنكرة (وهى) أى الموطوأة (٤٠٧) غير منكرة بل هى (معينة) فلا يكون الايقاع فيها

واذا لم يكن الايقاع فيها لا يكون الملك عنها زائلا وأما أن الملك اذا كان قائما كان الوطء حلالا فظاهر لا يحتاج الى بيان واذا كان الوطء حلالا لم يكن بيانا لان كل واحدة منهما على هذه الصفة (ولهذا حل وطؤهما على مذهبه) وهذ فى غاية الدقة ويلوح منه سيما التحقيق (الا أنه لا يفتى به) قيل لان المنكرة التى يثبت فيها العتق لا تخلو عنهما ومبنى الحل والحرمة على الاحتياط وهو فاسد لان فيه تلويحا الى ترك أبى حنيفة الاحتياط وأرى أنه لا يفتى به لئلا يتخذ مغمزا لابى حنيفة بترك الاحتياط فان قيل العتق إما أن يكون نازلا أولا فان كان غير نازل كان اهمالا للفظ عن مدلوله وان كان نازلا لا يجوز وطؤهما أجاب على كل واحد من الشقين فقال على الشق الثانى (ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به) أى لتعلق العتق بالبيان فكان كالعتق المعلق بدخول الدار وهو غير نازل قبل الدخول فكذا هذا وقال على الشق الاول (أو يقال نازل) أى العتق نازل (فى المنكرة فيظهر فى حق حكم تقبله) كالبيع فان المنكر يقبله بأن يشترى أحد العبدين على أن المشترى بالخيار فيهما فانه يصح (والوطء) لا تقبله المنكرة لانه (يصادف المعينة) اذ هو أمر حسى لا يقع الا فى المعين ووطء غير المعين غير ممكن فلا يكون الوطء بيانا فى الاخرى

وكذلك لو قال لامرأتيه احداكما طالق ثم ماتت احداهما لما قلنا وكذلك لو وطئ احداهما لما بينا (ولو قال لامتيه احداكما حرة ثم جامع احداهما لم تعتق الاخرى عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا تعتق) لان الوطء لا يحل الا فى الملك واحداهما حرة فكان بالوطء مستبقيا الملك فى الموطوأة فتعينت الاخرى لزواله بالعتق كما فى الطلاق وله أن الملك قائم فى الموطوأة لان الايقاع فى المنكرة وهى معينة فكان وطؤها حلالا فلا يجعل بيانا ولهذا حل وطؤهما على مذهبه الا أنه لا يفتى به ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به أو يقال نازل فى المنكرة فيظهر فى حق حكم تقبله والوطء يصادف المعينة

الاملاء اذا وهب أحدهما وأقبض أو تصدق وأقبض عتق الآخر قال واذكره الاقباض توكيدا لا للشرط لما فى المبسوط والمحيط وغيرهما أن البيان باعتبار دلالة تصرف مختص بالملك ولان المساومة اذا عينت الآخر وليس فيها خروج عن الملك فعقد الهبة والصدقة والبيع الفاسد وهو أدخل فى طريق الملك أولى أن يعينه (قوله وكذلك لو قال لامرأتيه احداكما طالق ثم ماتت احداهما) يعنى تطلق الحية (لما قلنا) فى العتق من عتق الباقى بموت أحدهما لعدم محلية العتق (وكذا لو وطئ احدى المرأتين تطلق الاخرى لما بينا) فى مسئلة الامتين التى تليها (قوله ولو قال لامتيه احداكما حرة ثم جامع احداهما) ولم تعلق (لم تعتق الاخرى عند أبى حنيفة) وبه قال أحمد أما لو علقت عتقت الاخرى اتفاقا ولو قال احداكما مدبرة ثم وطئ احداهما لا يكون بيانا بالاجماع لان التدبير لا يزيل ملك المنافع بخلاف العتق (وقالا تعتق) وبه قال الشافعى ومالك فى رواية (لهما أن الوطء لا يحل الا فى ملك) واحداهما ليست فى الملك لعتق احداهما بذلك الكلام ولذا لو قتلهما انسان وجب نصف دية وقيمة لكل منهما فكان بوطء احداهما مبينا لمستبقى الملك ها (فتعينت الاخرى لزواله بذلك العتق كما فى الطلاق) المبهم فانه اذا قال لزوجتيه احداكما طالق ولم يدخل بهما أو دخل فقال طالق بائن أو ثلاثا ثم وطئ إحداهما طلقت الاخرى اتفاقا وانما قيدنا الطلاق بما ذكرنا لانه لو كان رجعيا لا يكون الوطء بيانا للطلاق الاخرى لحل وطء المطلقة الرجعية ذكره فى النوادر وهل يثبت البيان فى الطلاق بالمقدمات فى الزيادات لا يثبت وقال الكرخى يحصل بالتقبيل كما يحصل بالوطء (وله أن الملك قائم فيهما) جميعا حتى قال يحل وطؤهما ولهذا لو وطئتا بشبهة كان الواجب عقر مملوكتين ويكون كله للمولى وانما ملك البدل بملك الاصل وهذا لان العتق فى المنكرة أى المبهمة الدائرة بين كل منهما وهى غير المعينة وتنافيها لان المعينة ليست دائرة بين نفسها والمعينة الاخرى فى حق العلم والمبهمة أحد دائر بينهما ووقوعه فى المعينة مشروط بالبيان فكان عتق المعينة معلقا به والمعلق بالشرط

(قال المصنف لان الايقاع فى المنكرة) أقول أى المبهمة الدائرة بين كل منهما وهى غير المعينة كما لا يخفى (قوله فظاهر لا يحتاج الى البيان) أقول فيه بحث فان الملك باق فى المكاتبة ولا يحل وطؤها وقد مر فى الدرس السابق أن مثلها فى حكم المكاتب وبالجملة فما ذكره محتاج الى البيان ولعل البيان يستفاد من تقرير المصنف فافهم (قوله فكذا هذا) أقول فلا يلزم الاهمال

بخلاف الطلاق لان المقصود الاصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطء يدل على استبقاء الملك في الموطوأة صيانة للولد أما الامة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء

عدم قبله فهو كما لو قال لزوجته ان طلقتك فأنت طالق أو لامته ان دخلت فأنت حرة فان له وطأهما قبل الشرط لقيام الملك في الحال فقولهما احداهما حرة ان أريد المعينة منعناه أو المبهمة سلمناه ولا يفيد لان الوطء انما يقع في المعينة فوطؤهما لم يقع في محل الحرمة فحل فاذا حل وطء كل منهما لم يكن وطء احداهما دليلا على تحريم الاخرى بعتقها وانما يلزم اذا كان الحلال وطء احداهما فقط وهو ممنوع وحينئذ يرد النقض بالوطء بالطلاق المبهم فانه لو صح ما ذكر لزم حل وطئهما لوقوعه في معينة والمطلقة هي المبهمة فاذا أجيب عنه بتقييد حلهما بما اذا لم تتعين احداهما للطلاق وبمجرد وطء احداهما تتعين الاخرى فتحرم بخلافه في العتق عاد أول المسئلة وهو أنه كما كان الوطء بيانا في الطلاق يجب أن يكون بيانا في العتق لان الملك في الزوجتين المعينتين قائم وانما المطلقة هي المبهمة ولا جواب له سوى أن الدال في الاصل أعني الطلاق المبهم ليس الا قصد الاستبقاء فانه هو الدليل على نفي الاخرى اذا كان الواجب اخراج إحداهما عن الملك وهو مبطن فيدار على دليله وهو الوطء لطلب الولد فان طلبه يفيد استبقاء من هو منها كي لا يضيع حاله ووطء المنكوحة هو المفيد لطلب الولد ظاهرا لانه هو الذي وضع له عقدها الاوطء الامة لان عقدها لم يوضع لذلك بل للاستخدام ووطؤها من جملة الاستخدام قضاء للشهوة فلم يكن وجوده دليلا على قصد الولد ولا له ظاهرة وعلى هذا فيكفي في دليلهما أن يقال وطء احداهما دليل استبقائها كالوطء في الطلاق المبهم وفي وجه قوله منع دلالته والفرق بما ذكرنا ولا حاجة الى اثبات الملك فيهما وحل وطئهما ثم القول بأنه لا يفتى به لترك الاحتياط فالحق أنه لا يحل وطؤهما كما لا يصح بيعهما وقد وضع في الاصول مسئلة يجوز أن يحرم أحد أشياء كما يجوز ايجاب أحد أشياء كما في خصال الكفارة وحكم تحريم أحد أشياء جواز فعلها الا واحدا لانه لو فعلها فعلا كان فاعلا للمحرم قطعا ولا يعلم خلاف في ذلك وثبوت الملك قد يمتنع معه الوطء لعارض كالرضاع والمجوسية فلا يستلزم قيامه حل الوطء وهنا كذلك فان موجب اللفظ وهو عتق إحداهما لا يعدوهما ففي وطئهما وطء المحرمة بيقين فلا يحل قطعا وان كان الملك قائما فيهما بخلاف أخذه أرش الجناية عليهما لانه بدل الملك غير مقيد بحل الوطء وغرامة قيمة مملوكين كذلك أيضا وانما وجب نصف قيمة ودية لكل منهما اذا قتلهما رجل لصحة اثباته بدون التعيين وانما يتنصف لان احداهما حرة بيقين ولا تعرف فتنصف في الضمان ثم ما هو قيمة للمولى وما هو دية للورثة بخلاف ما لو قتلهما رجلان فان على كل منهما قيمة أمة اذ ليست كل منهما حرة في نفس الامر فكل من الرجلين يقول ذلك فتعذر الايجاب على العاقلة من غير يقين بالضمان عليهم بخلاف قتل واحد فان الحرة لا تعدوهما فتحقق عليه ضمان حرة غير معلومة بعينها فتوزع فيهما وقولهم وقوع الطلاق فيهما معلق بالبيان فجاز وطؤهما غير صحيح اذ لا تعليق بل تنجيز مأمور في الشرع بتعيين محله ولو كان يمينا محضا لم يجبر على ايقاع شرطه كسائر الأيمان وهنا يجبر على البيان الذي هو بمنزلة الشرط فعرف أنه شبيه به من حيث توقف الوقوع في المعينة عليه شبها لا يوجب حقيقة أحكامه من حل الوطء قبل الشرط فيهما وأبو حنيفة لم ينقل عنه ذلك صريحا بل خرج من تعليله الملك فيهما بحل وطء احداهما ﴿فروع﴾ من البيان لو قال لامتيه احداكما حرة ثم قال لم أعن هذه عتقت الاخرى ولو قال بعد ذلك لم أعن هذه الاخرى عتقت الاولى فتعتقان لان قوله لم أعن هذه اقرار بعتق الاخرى فقد أقر بعتقهما وكذا هذا في الطلاق بخلاف ما لو قال لاحد هذين علي ألف فقيل له أهو هذا فقال لا لم يجب للآخر شيء والفرق أن البيان في الاقرار المبهم ليس واجبا بخلافه في انشاء الطلاق والعتاق المبهم ولو قال أمة وعبد من رقيق حران ومات قبل البيان فان كان له أمة وعبد ان عتقت الامة ومن كل عبد نصفه وان كانوا ثلاثة عتق من كل ثلثه ويسعون في

فان قيل فكيف وقع بيانا في الطلاق أجاب بقوله (بخلاف الطلاق لان المقصود الاصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطء يدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد أما الامة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء) وهذا على طريقة تخصيص العلل فاما أن يكون المصنف اختار جوازه أو يحمل على المخلص المعروف في أصول الفقه وقد قررناه في التقرير أوفى تقرير

(قال المصنف لان المقصود الاصلي من النكاح الخ) أقول وهذا هو الجواب أيضا في الوطء المعلق (قال المصنف فلا يدل على الاستبقاء) أقول الا اذا كان الوطء معلقا

قال (ومن قال لامته ان كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة) كلامه على ما ذكره واضح وقال شمس الائمة السرخسى فى المبسوط وذكر محمد رحمه الله فى الكيسانيات هذا الجواب الذى ذكر ليس جواب هذا الفصل بل فى هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم أنها ولدت الغلام أولا فان نكل عن اليمين فنكوله كاقراره وان حلف فهم أرقاء وأما جواب الكتاب ففى فصل آخر وهو ما اذا قال المولى لامته ان كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة وان كان جارية فهى حرة فولدتهما جميعا ولا يدرى أيهما أول فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الام لانها ان ولدت الغلام أولا فهى حرة والغلام رقيق وان ولدت الجارية أولا فالجارية حرة والغلام والام رقيقان فالام تعتق فى حال دون حال فيعتق نصفها والغلام عبد بيقين والجارية حرة بيقين اما بعتق نفسها واما بعتق الام قال صاحب النهاية وما ذكره فى الكيسانيات هو الصحيح لما أن الشرط الذى لم يتيقن بوجوده وهو ما اذا كان فى طرف واحد كان القول فيه قول من ينكر وجوده باليمين كما اذا قال لعبده ان دخلت الدار غدا فأنت حر فمضى الغد ولم يدر أنه دخل الدار أم لا لا يعتق لانه وقع الشك فى شرط العتق فكذلك ههنا وقع الشك فى شرط العتق وهو ولادة الغلام أولا وأما اذا كان الشرط مذكورا فى طرفى الوجود والعدم كان أحدهما موجودا لا محالة فحينئذ يحتاج الى اعتبار الاحوال كما فى مسئلة الكيسانيات

(ومن قال لامته ان كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدرى أيهما ولد أولا عتق نصف الام ونصف الجارية والغلام عبد) لان كل واحدة منهما تعتق فى حال وهو ما اذا ولدت الغلام أول مرة الام بالشرط والجارية لكونها تبعا لها اذ الام حرة حين ولدتها وترق فى حال وهو ما اذا ولدت الجارية أولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة منهما وتسعى فى النصف أما الغلام يرق فى الحالين فلهذا يكون عبدا

الباقى ولو تعددت الاماء فعلى هذا القياس ان كانتا أمتين عتق من كل نصفها أو ثلاثا عتق من كل ثلثها وتسعى فى الباقى والله سبحانه وتعالى أعلم **(قوله ومن قال لامته ان كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدرى أيهما ولد أولا عتق نصف الام)** وتسعى فى قيمة نصفها (ونصف الجارية) وتسعى فى النصف (والغلام عبد) لان كل واحدة من الام والجارية تعتق فى حال وهو ما اذا ولدت الغلام أولا فعتق الام لوجود شرط عتقها والجارية لكونها تبعا للام فى الرق والحرية وقد ولدتها وهى حرة وترق فى حال وهو ما اذا ولدت الجارية أولا لعدم الشرط فاذا عتقتا فى حال دون حال فيعتق نصف كل منهما والغلام عبد فى الحالين لانه ولد وأمه قنة فانها انما تعتق بعد ولادتها اياه أولا لان ولادته شرط عتقها والمشروط يتعقب الشرط وهذا الجواب كما ترى فى الجامع الصغير من غير خلاف فيه والمذكور لمحمد فى الكيسانيات فى هذه المسئلة أنه لا يحكم بعتق واحد منهم لانا لم نتيقن بعتقه واعتبار الاحوال بعد التيقن بالحرية ولا يجوز ايقاع العتق بالشك فعن هذا حكم الطحاوى بأن محمدا كان أولا مع أبى حنيفة وأبى يوسف ثم رجع وفى النهاية عن المبسوط أن هذا الجواب ليس جواب هذا الفصل بل فى هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم أنها ولدت (١) الغلام أولا فان نكل فنكوله كاقراره وان حلف فكلهم أرقاء وأن جواب هذا الفصل انما هو فيما اذا قال ان كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة وان كان جارية فهى حرة فولدتهما ولا يدرى الاول فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الام ولا شك أن هذا ليس جواب الكتاب لان فى هذه الصورة يعتق جميع الجارية على كل حال لانها ان ولدت الجارية أولا عتقت بالشرط وان ولدت الغلام أولا عتقت تبعا للام وأما انتصاف عتق الام فلانها تعتق فى ولادة الغلام أولا وترق فى الجارية وجواب الكتاب عتق نصفها مع نصف الام وصحح فى النهاية ما فى الكيسانيات لان الشرط الذى لم يتيقن وجوده اذا كان فى طرف واحد كان القول قول من أنكر وجوده كما اذا قال ان دخلت غدا فأنت حر فمضى الغد ولا يدرى أدخل أم لا للشك فى شرط العتق فكذا وقع الشك فى شرط العتق وهو ولادة الغلام أولا وأما اذا كان الشرط مذكورا فى طرفى الوجود والعدم كان أحدهما موجودا لا محالة فحينئذ يحتاج الى اعتبار الاحوال فان قلت المفروض فى صورة الكتاب تصادقهم على عدم علم المتقدم والمتأخر فكيف يحلف ولا دعوى ولا منازع قلنا هو محمول على دعوى من خارج حسبة عتق الامة أو بنتها لوجود الشرط وقد عرف أن الامة لو أنكرت العتق وشهد به تقبل فعلى هذا جاز أن يدعى رجل حسبة اذا لم تكن بينة ليحلف لرجاء نكوله هذا ولكن المذكور فى المبسوط فى تعليله صرح بأن الام تدعى العتق والمولى ينكر والقول للمنكر

(قوله القول فيه قول من ينكر) أول ضمير فيه راجع الى الشرط

(١) قوله الغلام هكذا فى عدة نسخ ومثله فى شرح الزيلعى وهو الصواب فما وقع فى بعض النسخ من ابداله بالجارية تحريف من الناسخ كذا بهامش نسخة العلامة البحراوى كتبه مصححه

وان ادعت الام أن الغلام هو المولود أولا وأنكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل عتقت الام والجارية لان دعوى الام حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعا محضا فاعتبر النكول في حق حريتهما فعتقتا ولو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيأ والمسئلة بحالها عتقت الام بنكول المولى خاصة دون الجارية لان دعوى الام غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة وصحة النكول تبتنى على الدعوى فلم يظهر في حق الجارية ولو كانت الجارية الكبيرة هى المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا والتحليف على العلم فيما ذكرنا لانه استحلاف على فعل الغير وبهذا القدر يعرف ماذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى

مع يمينه فأفاد أن ذلك في صورة دعوى الام وهى غير هذه الصورة التى في الكتاب * واعلم أن ماذكر في النهاية من ترجيح ما في الكيسانيات حقيقته ابطال قول أبي حنيفة وأبي يوسف مع أنه لم ترد عنهما رواية شاذة تخالف ذلك الجواب واستدلاله بأن الشرط الكائن في طرف واحد الخ قد ينظر فيه بأن ذلك في الشرط الظاهر لا الخفى ولهذا قيد في المبسوط حيث قال اذا قال ان فعلت كذا فأنت حر وذلك من الامور الظاهرة كالصوم والصلاة ودخول الدار فقال العبد فعلت لا يصدق الا ببينة بخلاف قوله ان كنت تحبيني الخ فيمكن أن تكون الولادة من الامور التى ليست ظاهرة فيوجب الشك فيها اعتبار الاحوال فيعتق نصف الام كما في الجامع (**قوله** وان ادعت الام أن الغلام هو المولود أولا وأنكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين) بالله ما يعلم أن الغلام ولد أولا (لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل عتقت الام والجارية) معا (لان دعوى الام حرية الصغيرة) تثبت في ضمن دعواها حرية نفسها لانها نفع محض مع ثبوت ولايتها عليها في الجملة وعجز الصغيرة عن دعواها لنفسها فاعتبر نكوله في حق حريتهما فعتقتا (فلو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيأ) من الحرية لنفسها (وباقى المسئلة بحاله) يعنى ولدتهما فادعت الام تقدم الغلام وأنكر المولى والجارية بالغة فحلف فنكل عتقت الام خاصة بنكوله لان دعوى الام حريتها غير معتبرة في الجارية الكبيرة لان الدعوى عن الغير انما تصح بولاية أو انابة وهما منتفيتان عن الكبيرة فلا تتضمن دعوى الام حرية نفسها دعواها حرية البنت فان قيل اذا ثبت عتق الام ينبغى أن تثبت حرية بنتها لانه لازم له فالاقرار بحريتها اقرار بحرية الاخرى أجيب بمنع كون عتق الام بالنكول عتقا بوجود الشرط بالجواز كونه بذلا لماليتها من المولى ليترك الحلف أو اقرارا بحريتها بدون ذلك الشرط فلا يوجب عتق البنت وبأن النكول جعل اقرارا على قولهما بطريق الضرورة ولهذا لا يثبت العتق بمجرد النكول قبل القضاء ولهذا قال محمد فيمن قال لغيره انا كفيل بكل ما يقر لك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فأنكر فحلف فنكل يقضى عليه بالمال ولا يصير الرجل كفيلا ولو كان اقرارا من كل وجه صار كفيلا (**قوله** ولو كانت الجارية الكبيرة هى المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة والباقى بحاله ثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا) في أن دعوى الام حرية نفسها غير معتبرة في حق الجارية من عدم صحة الدعوى والنكول يبنى على صحة الدعوى (**قوله** وبهذا القدر يعرف ماذكرنا في كفاية المنتهى من الوجوه الباقية) وهى ما اذا اتفقوا على أن ولادة الغلام أولا أو اتفقوا على أن ولادة الجارية أولا فلا يعتق أحد في الثانى ويعتق كل الام والجارية في الاول وبهما تتم الاوجه للمسئلة ستة ﴿فرع﴾ في المحيط لو قال ان كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة وان كان جارية ثم غلاما فهما حران فولدت غلاما وجاريتين ولا يعلم الاول عتق نصف الام ونصف الغلام وربع كل واحدة من الجاريتين أما الام فلانها تعتق في حال دون حال وهو رواية وفى عامة الروايات يجب أن يعتق ثلثها لانها تعتق في حال وترق في حالين بأن كانت ولادة احدى الجاريتين أولا وأما الغلام فانه

وقوله (وبهذا القدر يعرف ماذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى) قيل هى ستة أوجه فصلوها في شروح الجامع الصغير أحدها أن يتصادقوا أنهم لا يدرون أيهما ولد أولا وهو المذكور في الكتاب أولا وجوابه على الوجه المذكور فيه أن يعتق نصف الام والجارية ويستسعيان في النصف والغلام رقيق لما ذكر في الكتاب * والثانى أن تدعى الام أن الغلام هو المولود أولا وينكر المولى ذلك والجارية صغيرة وهو المذكور في الكتاب ثانيا وجوابه ووجهه ماذكره في الكتاب * والثالث أن تدعى الام أن الغلام أول والجارية كبيرة ولم تدع شيأ وهو المذكور في الكتاب ثالثا وجوابه ووجهه ماذكره أيضا فيه * والرابع أن تدعى الجارية وهى كبيرة والام ساكتة أن الغلام ولد أولا وهو المذكور في الكتاب رابعا بجوابه ووجهه * والخامس أن يتصادقوا أن الجارية هى التى ولدت أولا والجواب أنه لا يعتق واحد منهم لعدم شرط العتق * والسادس أن يتصادقوا أن الغلام ولد أولا والجواب أن الام تعتق لوجود شرط العتق وكذلك الجارية تبعا للام والغلام عبد لانه قد انفصل عن الام في حال الرق لكون ولادته شرط عتقها والشرط يسبق المشروط فلا يمكن جعله تابعا لها فيه ولعل المصنف لم يذكرهما في الكتاب لظهورهما

قال(واذا شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه) الشهادة على طلاق احدى نسائه جائزة بالاجماع ويجبر على البيان وعلى اعتاق أحد عبديه كذلك عندهما وعند أبي حنيفة هي باطلة الا أن تكون في وصية استحسانا على ما ذكره (وأصل هذا أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى عنده وعندهما تقبل والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق) وانما اختلف الحكم على هذا الطريق بناء على أن العتق من حقوق العباد عنده (٤١١) ومن حقوق الشرع عندهما وجه قولهما أنه لا يحتاج فيه الى قبول العبد ولا يرتد برده ويجوز أن يحلف به ويصح ايجابه في المجهول وكل ذلك دليل على أن العتق حق الشرع ووجه قوله أن الاعتاق اثبات قوة المالكية وفيه انتفاء ذل الرق والمملوكية وكل ذلك حق العبد لا محالة هذا هو المشهود به ولا معتبر بغيره لكونه من ثمراته فما كان من حقوق العباد لا تقبل الشهادة فيه بدون الدعوى وما كان من حقوق الشرع تقبل بدونها وعتق الامة من حقوقه بالاتفاق فلذلك تقبل بدونها وذلك لان عتقها يتضمن تحريم فرجها على مولاها وذلك حق من حقوق الشرع فكانت الشهادة فيه كالشهادة بهلال رمضان فان قيل لو كان كذلك لاكتفي بشهادة الواحد لكون خبر الواحد حجة في الامر الديني ولما قبلت الشهادة على عتق أمة هي أخت مولاها من الرضاعة اذا جحدته اذ ليس فيها تحريم الفرج لان تحريمه ثابت بحكم الرضاع قبل شهادتهما بالاعتاق أجيب عن الاول بأن خبر الواحد حجة في الامر الديني اذا لم تقع الحاجة الى الزام المنكر وههنا وقعت وعن الثاني بأن فيه معنى الزنا لان فعل المولى بها قبل العتق لا يوجب الحد وبعده يوجبه لكون بضعها ملكا للمولى وان كان هو ممنوعا عن وطئها بالمحرمية ألا ترى أنه جاز له أن يزوجها ويدل بضعها يكون له واذا كان كذلك كان فيه تحريم الفرج

قال (واذا شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة رحمه الله الا أن يكون في وصية) استحسانا ذكره في كتاب العتاق (وان شهدا أنه طلق احدى نسائه جازت الشهادة ويجبر الزوج على أن يطلق احداهن) وهذا بالاجماع (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله الشهادة في العتق مثل ذلك) وأصل هذا أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تقبل والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق والمسئلة معروفة

يعتق في حال بان ولدت احدى الجاريتين أولا ويرق في حال بان ولدت الغلام أولا وأما الجاريتان فيعتق من كل ربعها في عامة الروايات لان اصابة الحرية بجهتين متعذر لان الشخص اذا عتق تبعا للام لا يتصور أن يعتق بعتق نفسه ومتى عتق بعتق نفسه لا يعتق تبعا للام فلا بد من الغاء احدى الجهتين فألغينا اصابة العتق من جهة الام واعتبرنا الاصابة بعتق أنفسهما لانه ما أقل وهو المتيقن فان كانت ولادة الغلام أولا لا يعتقان بعتق أنفسهما وان كانت ولادة الجارية أولا تعتق الاخيرة بعتق نفسها فتثبت لهما حرية في حال دون حال فيثبت نصفه بينهما وقال أبو عصمة ينبغي أن يعتق من كل ثلاثة أرباعها لان الغلام لو كان أولا تعتق الام فتعتق الجاريتان بعتقها ولو كانت احدى الجاريتين أولا ثم الغلام عتقت الجارية الاولى والاخرى رقيقة فكان لهما عتق ونصف بينهما واختار شمس الائمة قول أبي عصمة وقال هو الذي يوافق ما تقدم (قوله واذا شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة الا أن تكون في وصية استحسانا ذكره في العتاق) أي عتاق الاصل بأن شهدا أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته أو شهدا بتدبيره أحدهما مطلقا في صحته أو مرضه لان التدبير حيث وقع كان وصية وعندهما تقبل ويؤمر بتنجيز عتق أحدهما وهو قول الشافعي ومالك وأحمد (قوله وأصل هذا) أي أصل هذا الخلاف (أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل عند أبي حنيفة من غير دعوى العبد) مطلقا لا في حرية الاصل ولا في الحرية العارضة على ما هو الصحيح خلافا لما قاله رشيد الدين أن الدعوى عنده ليست شرطا في حرية الاصل بل في العارضة فقط (وعندهما تقبل) بلا دعوى (والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق) وان أنكرت الامة العتق لا يلتفت الى انكارها وتعتق لانها متهمة وكذا على طلاق احدى النساء مقبولة من غير دعوى بالاتفاق وان أنكرت ويجبر على أن يوقع على احداهن (قوله والمسئلة معروفة) وجه قولهم أن المشهود به وهو العتق حق الشرع اذ يتعلق به تكميل الحدود ووجوب الجمعة والجهاد والزكاة ويصح نذره به وحلفه به ولهذا لا يحتاج الى القبول ولا يرتد باقرار السيد بحرية العبد ولا يبطل بالتناقض حتى لو أقر بالرق ثم ادعى حرية الاصل وأقام البينة تقبل ولو كانت الدعوى شرطا لمنع لان التناقض يبطل صحة الدعوى وانما لا يكتفى بشهادة الواحد لانه وان كان أمرا دينيا يتضمن ازالة ملك العبد وابطال ماليته ماله فلذا شرط في الشهادة عليه اثنان ولابي حنيفة أن العتق اما زوال الملك المستلزم لثبوت القوة من مالكيته أو هو نفسها وكلا الامرين حق العبد لانه المنتفع به على

(قوله وجه قولهما أنه لا يحتاج فيه الى قبول العبد ولا يرتد برده) أقول وكذا العفو عن القصاص وابراء الكفيل لا يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول مع أنهما من حقوق العبد (قوله ولا معتبر بغيره لكونه من ثمراته) أقول وكذا عتق الامة وتحريم الفرج من الثمرات

واذا كان دعوى العبد شرطا عنده لم تحقق في مسئلة الكتاب لان الدعوى من المجهول لا تحقق فلا تقبل الشهادة وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وان انعدم الدعوى أما في الطلاق فعدم الدعوى لا يوجب خللا في الشهادة لانها ليست بشرط فيها

الخصوص في الحقيقة ثم بعد ذلك يثبت ما ذكر من حقوقه تعالى ثمرات لهذا الثبوت فصح كونه حقه على الخصوص في الحقيقة ولا يكون ثبوت اللازم الا بعد الملزوم واذا كان المستلزم حقه لا يثبت الا بدعواه ولا يخفى أنه يرد على هذا عتق الامة لانه يقال حرمة فرجها التي هي حقه تعالى تثبت بعد ثبوت حقها من العتق فوجب أن يشترط دعواها فان قيل الفرق انها متهمة لرغبتها في صحبة مولاها حتى نقول لو كان العبد أيضا متهما قبلت بلا دعواه وذلك بأن لزمه حد قذف أو قصاص في طرف حتى لو أنكر العتق لا يلتفت الى انكاره قلنا نفرض الكلام فيما اذا لم تنكر ولكنها ساكتة لعدم علمها بحريتها ثم قد يمنع تأثير كون الثابت بالعتق أولا ما هو حق العبد مستلزما لحق الله تعالى في اشتراط الدعوى لانه اذا ثبت استلزامه لحق الله تعالى ثبت حكمه من عدم اشتراط الدعوى سواء ثبت أولا أو ثانيا فان حول التقرير هكذا العتق يتضمن حق العبد وحق الله سبحانه وتعالى أما حقه سبحانه فما ذكرتم وأما حق العبد فلانه يصير به مالكا لاكساب نفسه فيتمكن من اقامة مصالحه وتثبت ولايته من نفاذ قوله في الشهادة وانكاح بنته وحصول الميراث له اذا مات قريبه فهو بما فيه من حق العبد يحتاج الى الدعوى وان لم يحتج الى دعوى بما فيه من حق الله تعالى على أن الاستدلال بعدم الارتداد بالرد وعدم التوقف على قبوله لا يستلزم كونه حق الله سبحانه وتعالى خالصا ألا ترى أن العفو عن القصاص وابراء الكفيل من حقوق العباد ولا يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول وكذا التناقض فان عدم منعه لخفاء رق الاصل وحريته كما في دعوى النسب ولو لم يكن ذلك فلما أنه لما اجتمع في العتق الحقان فلحق الله تعالى قلنا لا يمنع التناقض في حرية الاصل ولا في الحرية العارضة ولحق العبد شرطنا الدعوى والشاهدين أيضا ورد عليه أيضا عتق الامة فان فيها الحقين فتجب الدعوى والشاهدان لحق العبد ولا يمنع التناقض لحق الله سبحانه وأيضا اذا كان بما تضمنه من حق العبد يحتاج الى الدعوى لا يلزم ثبوته الا انه بما فيه من حق الله يعارضه لان الثابت معه عدم الاحتياج الى الدعوى وانهما يتعارضان لانه اذا وقعت الشهادة بلا دعوى في حق الله تعالى اقتضى وجوب ترتيب مقتضاها والآخر يقتضي أن لا يثبت والحق أن المنظور اليه اجتماع الحقين وتعارض مقتضاهما فترجح ما ثبت شرعا الاحتياط في أمره وتوكيده وأمر الفروج محتاط فيه فالاحتياط أن لا يتوقف اثباته بعد الشهادة على شئ آخر بخلاف ما لم يثبت فيه مثله فلذا وقع الفرق عنده بين عتق الامة والطلاق وبين عتق العبد لان حقه سبحانه الثابت وهو حرمة الاسترقاق المقتضى لنفي الدعوى ليس من التأكيد بحيث يجب أن يثبت بلا دعوى وهما يقولان جميع حقوق الله تعالى يجب أن تثبت بلا دعوى لانه تعالى هو الخصم فيها والعبد الشاهد نائبه فتتضمن شهادته دعواه وأما حق العبد فان افتقر ثبوته الى الدعوى فقد انتصب النائب عن الله تعالى نائبا عنه وهذا القدر يحصل به المقصود فان المثبت في الحقيقة ليس الا الشهادة وانما يبقى فيه ما لو أنكر العبد العتق ولا تهمة وحينئذ يجب الترجيح ويترجح حقه سبحانه وتعالى ولا يقال المقرر ترجح حق العبد لانا نقول ذلك عند التعارض بأن كان ثبوت أحدهما ينتفي معه الآخر وهنا يثبت حق العبد مع حق الله تعالى بل اذا أثبتنا حق الله تعالى كان اثباتا لحق العبد سابقا عليه وانما فيه أنه يثبت على رغمه (قوله واذا كان دعوى العبد شرطا عنده لا تحقق في مسئلة الكتاب) أي الجامع الصغير وهي ما اذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه لانه عتق المجهول (والدعوى من المجهول لا تحقق) وانما تحقق من المعين فتنتفي المطابقة بين الدعوى والبينة

واذا ثبت الاصل تبين وجه الاختلاف على ما ذكره بقوله (واذا كان دعوى العبد شرطا عنده) الى آخر المسئلة وقوله (لان الدعوى من المجهول لا تحقق) قيل عليه اذا ادعيا ذلك وجب أن تقبل البينة لان الدعوى حصلت من معين وأجيب بأن صاحب الحق أحدهما لا بعينه فدعواهما دعوى غير صاحب الحق وبأن الدعوى حينئذ لا تكون مطابقة للشهادة لان الشهادة على أحد العبدين لا على العبدين

(قوله لان الشهادة على أحد العبدين لا على العبدين) أقول يمكن أن تكون الدعوى أيضا كذلك

وعندهما

وقوله (ولو شهدا أنه أعتق احدى أمتيه) كصورة نقض على قول أبي حنيفة لان الدعوى ليست بشرط في حق الامة ولم تسمع البينة ههنا ووجه دفعه ماذكره بقوله (لانه انما لا تشترط الدعوى لما أنه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ماذكرناه) يعني قوله له أن الملك قائم في الموطوءة الى قوله ولهذا حل وطؤهما ومعنى قوله أنه يتضمن تحريم الفرج أن العتق اذا حصل استلزم أن يكون الوطء بعده زنا واعترض بان عتق العبد المعين يستلزم تحريم استرقاقه وذلك أيضا حق الله فوجب أن تستغني الشهادة فيه عن الدعوى والجواب أن لازم عتقها من أعظم الكبائر ولازم عتقه حرمة لم ينص عليها الشرع فضلا عن أن تكون من الكبائر فالتسوية بينهما خطأ وقوله (أما اذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته) بيان قوله الا أن تكون في وصية استحسانا وقوله (لان التدبير حيثما وقع وقع وصية) يعني سواء وقع في حال الصحة أو في حال المرض وللاستحسان وجهان ذكرهما المصنف أحدهما أن التدبير مطلقا والعتق في المرض وصية (والخصم في الوصية انما هو الموصى) لان تنفيذ الوصايا حق الميت فكان الميت مدعيا تقديرا (وعنه خلف وهو الوصي أو الوارث) فتقبل الشهادة والثاني أن العتق يشيع بالموت فيهما (٤١٣) لانه أوجب العتق في أحدهما في حال عجزه عن البيان فكان ايجابا لهما ولهذا يعتق نصف كل واحد منهما (فصار كل واحد منهما خصما متعينا) ولم يذكر وجه القياس وهو أن المقتضى له مجهول والدعوى من المجهول لا تتحقق لظهوره مما تقدم

ولو شهدا أنه أعتق احدى أمتيه لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله وان لم تكن الدعوى شرطا فيها لانه انما لا تشترط الدعوى لما أنه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ماذكرناه فصار كالشهادة على عتق أحد العبدين وهذا كله اذا شهدا في صحته على أنه أعتق أحد عبديه أما اذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته أو شهدا على تدبيره في صحته أو في مرضه وأداء الشهادة في مرض موته أو بعد الوفاة تقبل استحسانا لان التدبير حيثما وقع وقع وصية وكذا العتق في مرض الموت وصية والخصم في الوصية انما هو الموصى وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي أو الوارث ولان العتق في مرض الموت يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد منهما خصما متعينا

وعندهما ليس شرطا مطلقا فتقبل ويجبر على تعيين أحدهما (قوله ولو شهدا أنه أعتق احدى أمتيه الخ) جواب عما قد يقال اذا كانت الدعوى ليست بشرط عنده في الشهادة على عتق الامة فينبغي أن تقبل على عتق احدى أمتيه والواقع أنها لا تقبل عنده أجاب بأنه انما لا يشترط الدعوى في الشهادة على عتق الامة المعينة لما فيه من تحريم فرجها على مولاها وهو حق الله تعالى خالصا فشابه الطلاق) وفيه لا يشترط للشهادة به الدعوى لذلك فكذا هذا (والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ماذكرناه) فانتفى المسقط فيه فصار كالشهادة على عتق أحد العبدين فان قيل لو كانت علة سقوط الدعوى في عتق الامة تحريم فرجها على المعتق لشرطت في عتق الامة المجوسية والتي هي أخته من الرضاع وفي الشهادة على الطلاق الرجعي لان الشهادة بذلك لم تتضمن تحريم فرجها لحرمته في الاوليين قبل الشهادة وحلها في الرجعي بعدها فالجواب أنه يثبت بالشهادة بعتقها نوع آخر من التحريم فان وطء الاخت من الرضاع المملوكة ليس بزنا حتى لا يلزمه الحد بوطئها قبل عتقها وبعده يلزمه والطلاق الرجعي ينعقد به سبب حرمة فرجها فأثبتت تحريما مؤجلا بانقضاء العدة وأما الامة المجوسية فينبغي أن تشترط الدعوى عنده وما قيل ان وطأها مملوك له وانما منع منه خبثها كالحائض فبالشهادة يمتنع ذلك الوطء فيه ما فيه (قوله وهذا كله اذا شهدا بعتق أحد العبدين في صحته أما اذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته أو شهدا

(قوله والجواب ان لازم عتقها الخ) أقول فيه أن الكبيرة هو الزنا وليس ذلك لازم العتق ففي عبارته تسامح (قال المصنف وأداء الشهادة في مرض موته أو بعد الوفاة تقبل الخ) أقول قال ابن الهمام والمريض قد أصمت حال أداء الشهادة واستمر كذلك حتى مات وعلى هذا يجب أن يؤخر القضاء بهذه الشهادة الى أن يموت فيقضي بها ولا يحتاج الى اعادتها أو يعيش فيطلق لسانه فيرد لعدم الخصم المدعى اه وانما قيد به ليتعين المدعى في حياته فافهم (قال المصنف لان التدبير حيثما وقع وقع وصية) أقول قال صدر الشريعة الدليل الاول مشكل لان المتنازع فيه ما اذا أنكر المولى تدبيرا أحد عبديه أو الوارث ينكر ذلك بعد موت المورث والعبدان يريدان اثباته فكيف يقال ان المدعى هو المولى أو نائبه والدليل الثاني يوجب أن الشهادة بعتق أحد عبديه بغير وصية ان أقيمت بعد الموت تقبل لشيوع العتق بالموت اه ويمكن أن يجاب عنه بأن المولى وان كان منكرا صورة الا أنه نزل مدعيا معنى لان نفع العتق يعود اليه وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي أو الوارث فنزل الوارث أو الوصي مدعيا للعتق خلفا عن الميت فتقبل الشهادة وبأن في هذه المسئلة روايتين نظرا الى جهتين جهة الشيوع وجهة أنه ليس بوصية فباعتبار أنه ليس بوصية لا تقبل الشهادة وباعتبار الشيوع تقبل لشيوع العتق فيهما فكان كل منهما خصما متعينا فكانت دعواهما صحيحة وهي تقتضي قبول الشهادة هذا ما لاح لي في ذلك المقام وقال ابن الهمام ولا يخفى أن المراد بالخصم هنا من تكون الشهادة على وفق دعواه ولا تقام البينة الا على منكر ففرض بعض الشارحين أن يكون الورثة منكرين فعلى هذا يكون قوله وعنه خلف وهو الوصي أو وارثه يعني الوصي ان كان الورثة منكرين أو الورثة ان كان الوصي منكرا فقيل فيشكل

ولوشهدا بعد موته أنه قال في صحته أحد كما حر فقد قيل لا تقبل لانه ليس بوصية وقيل تقبل للشيوع هو الصحيح والله أعلم

على تدبيره في صحته أو في مرضه) لتكون شهادتهم ما بعتق هو وصية وهو المستثنى في أول المسئلة وقدمنا أن التدبير حيثما وقع يكون وصية معتبرا من الثلث ولو في حال الصحة وسواء كان شهادتهما بهذه الوصية في مرض موته أو بعد وفاته تقبل استحسانا لان عدم القبول فيما تقدم عنده لعدم خصم معلوم فلا يتصور الدعوى واذا كان وصية فالخصم فيها هو الموصي لان تنفيذ الوصية من حقوق الموصي فهو الخصم المدعي فيها وهو معلوم وعنه نائب معلوم هو الوصي أو الوارث بخلاف حالة الحياة فان الخصم في اثبات العتق ليس هو السيد لانكاره بل هو العبد وهو مجهول ووجه آخر للاستحسان وهو أن الخصم بعد الموت في العتق لو لم يكن الموصي كان كلا من العبدين وهما معينان وفي حالة الحياة لا تصح خصومتهما لانه لم يعتق منهما شئ والمعتق المبهم بخلاف ما اذا مات المولى قبل البيان فان العتق حينئذ يشيع فيهما فيعتق من كل نصفه على ما عرف فيمن أعتق أحد عبديه ومات قبل البيان فيكون كل منهما خصما معلوما ولا يخفى أن المراد بالخصم هنا من تكون الشهادة على وفق دعواه ولا تقام البينة الا على منكر ففرض بعض الشارحين أن يكون الورثة منكرين فعلى هذا يكون قوله وعنه خلف وهو الوصي أو وارثه يعني الوصي ان كان الورثة منكرين أو الورثة ان كان الوصي منكرا فقيل فيشكل مالو كان كل من الوصي والوارث منكرا اذ لا تبطل البينة لانها شهادة بوصية وليس واحد منهم خلفا ولا مخلص الا باعتبار جعل الميت مدعيا تقديرا وأيضا قوله وأديا الشهادة في مرض موته الخ يفيد أنها تقبل في حياته وأنت علمت أن قبولها بعد موته باعتبارها وصية لاعتباره مدعيا وعدم قبولها قبل موته لان المدعي العبدان وهما غير من أثبت فيه العتق أعني المبهم والحاصل أن انزاله مدعيا لا يكون الا بعد موته وأما قبل موته فهو منكر ولهذا احتيج الى الشهادة وردت لعدم المدعي ولا مخلص الا بتقييده بما اذا كان المريض قد أصمت حال أداء الشهادة واستمر كذلك حتى مات وعلى هذا يجب أن يؤخر القضاء بهذه الشهادة الى أن يموت فيقضى بها ولا يحتاج الى اعادتها أو يعيش فيطلق لسانه فيرد لعدم الخصم المدعي (قوله ولو شهدا بعد موته أنه قال في صحته أحد كما حر) لا رواية فيه عن أبي حنيفة واختلف المشايخ في تفريعها على قوله (فقيل لا تقبل لانه ليس بوصية) لاسنادهما العتق المنجز الى حالة الصحة فلم يكن الميت مدعيا تقديرا (وقيل تقبل) لان العتق شاع بعد الموت فيصح دعواهما كما ذكرنا وصحح فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير قبولها قال لجواز أن يكون الحكم معلولا بعلتين فيتعدى باحداهما وتبعه صاحب الكافي وقال هو الاصح ولقائل أن يقول شيوع العتق الذي هو مبنى صحة كون العبدين مدعيين يتوقف على ثبوت قوله أحدكما حر ولا مثبت له الا الشهادة وصحتها متوقفة على الدعوى الصحيحة من الخصم فصار ثبوت شيوع العتق متوقفا على ثبوت الشهادة فلو أثبتت الشهادة بصحة خصومتهما وهي متوقفة على ثبوت العتق فيهما شائعا لزم الدور واذا لم يتم وجه ثبوت هذه الشهادة على قوله لزم ترجيح القول بعدم قبولها وعلى هذا يبطل الوجه الثاني من وجهي الاستحسان في المسئلة التي قبل هذه ﴿فروع﴾ شهدا أنه حرر أمة بعينها وسماها فنسيا اسمها لا تقبل لانهما لم يشهدا بما تحملاه وهو عتق معلومة بل مجهولة وكذا الشهادة على طلاق احدى زوجتيه وسماها فنسياها وعند زفر تقبل ويجبر على البيان ويجب أن يكون قولهما كقول زفر في هذه لانها كشهادتهما على عتق احدى أمتيه وطلاق احدى زوجتيه ولو شهدا أنه أعتق عبده سالما ولا يعرفون سالما وله عبد واحد اسمه سالم عتق لانه كان معينا لما أوجبه وكون الشهود لا يعرفون عين المسمى لا يمنع قبول شهادتهم كما أن القاضي يقضي بالعتق بهذه الشهادة وهو لا يعرف العبد بخلاف مالو شهدوا ببيعه ولو كان له عبدان كل واحد اسمه سالم والمولى يجحد لم يعتق واحد

(ولوشهدا بعد موته أنه قال في صحته أحد كما حر) قال الامام فخر الاسلام لا نص فيه واختلف فيه مشايخنا فقال بعضهم (لا تقبل لانه ليس بوصية) حتى يكون الخصم هو الموصي وهو معلوم وقال بعضهم تقبل لشيوع العتق فيهما فكان كل واحد منهما خصما متعينا فكانت دعواهما صحيحة وهو يقتضي قبول الشهادة والله أعلم

مالو كان كل من الوارث والوصي منكرا اذ لا تبطل البينة لانها شهادة بوصية وليس واحد منهما خلفا ولا مخلص الا باعتبار جعل الميت مدعيا تقديرا اهـ

منهما فى قول أبى حنيفة لانه لا بد من الدعوى لقبول هذه الشهادة عنده ولا تتحقق هنا من المشهود له لانه غير معين منهما فصارت كمسئلة الكتاب الخلافية

﴿وهذا فصل فى الشهادة على العتق﴾ اذا ادعى العبد العتق وأقام شاهدا الايحال بينه وبين المولى وفى الامة اذا قالت شاهدى الآخر حاضر يحال ولو أقام العبد شاهدين ان كان المولى مخوفا على العبد حيل بينهما حتى ينظر فى أمر الشهود لان الحجة تمت ظاهرا حتى لو قضى بشهادتهما نفذ فتثبت به الحيلولة احتياطا بخلاف ما اذا أقام شاهدا واحدا * شهدا بعتق عبده واختلفا فى الوقت أو المكان أو اللفظ أو اللغة أو شهد أحدهما أنه أعتقه والآخر أنه أقر أنه أعتقه فالشهادة جائزة لان العتق قول يعاد ويكرر فلا يلزم اختلاف المشهود به باختلاف الشهادة فيما ذكرنا بخلاف ما لو شهد أحدهما أنه أعتقه والآخر أنه وهبه نفسه لاختلاف المشهود به وضعا لان الهبة تمليك والاعتاق احداث القوة أو ازالة الملك كذا فى المبسوط فيحمل ما ذكر قبله من أن اختلافهما فى اللفظ لا يمنع على ما اذا كان مؤدى اللفظين واحدا وضعا ولا يخفى أن التعليل الذى علل به لقبولها عند الاختلاف لفظا من أن العتق لفظ يعاد ويكرر يقتضى أنهما اذا اختلفا فى أنه أعتقه أو وهبه لنفسه أنه يقبل ولو اختلفا فى الشرط الذى علق به العتق فأحدهما جعله كلام زيد والآخر الدخول مثلا لم يجز اذ لا يتمكن القاضى من القضاء بواحد من الشرطين ولو اتفقا على أنه الدخول مثلا وقال المولى بل كلام فلان فأيهما فعل فهو حر لثبوت الدخول شرطا بالشهادة والكلام بقول المولى ولو شهد أحدهما أنه أعتقه بجعل والآخر بغير جعل لم تجز لان العتق بجعل يخالف العتق بغير جعل فى الاحكام وكذا لو اختلفا فى مقدار الجعل والمولى ينكر الجعل سواء ادعى العبد أقل المالين أو أكثرهما ولو كان المولى يدعى أقل المالين والعبد ينكر عتق لاقرار المولى بحريته ولا شئ عليه لاكذابه أحد شاهديه وهو الذى يشهد له بالاكثر وان ادعى العتق بألف درهم وخمسمائة وأحدهما يشهد بألف والآخر بألف وخمسمائة قضى عليه بألف لان الشهادة لا تقوم هنا على العتق لان العبد عتق باقرار المولى وانما تقوم على المال ومن ادعى ألفا وخمسمائة وشهد له شاهد بألف والآخر بألف وخمسمائة يقضى بألف لاتفاقهما على الالف لفظا ومعنى بخلاف الالف والالفين كما سيأتى فى الشهادات ان شاء الله تعالى ولو شهدا أنه أعتقه ان كلم زيدا والآخران إن دخل فأيهما فعل عتق لثبوت كل من التعليقين بحجة تامة ولو تعارضت بينتا العبد والمولى فى مقدار ما أعتقه رجحت بينة المولى لاثباتها الزيادة بخلاف ما لو أقام العبد البينة على أنه قال ان أديت الى ألفا فأنت حر وأنه أداها وأقام المولى أنه انما قال اذا أديت الى ألفين الخ فالعبد حر ولا شئ عليه لانه أثبت ببينته تنجز الحرية فيه ولو أقام العبد بينة أنه باعه نفسه بألف وأقام المولى أنه باعه نفسه بألفين كانت البينة بينة المولى لان العتق تنجز بالقبول فكان اثبات الزيادة فى بينة المولى قال فى الاصل ولو باعه نفسه بألف فأداها من مال المولى كان حرا وللمولى أن يرجع عليه بمثلها قال فى المبسوط العتق هنا حصل بالقبول لا بأداء المال وانما يتحقق هذا الفصل فيما اذا علقه بالاداء لان نزول العتق بوجود الشرط وقد وجد وان كان المؤدى مسروقا أو مغصوبا من المولى ثم رد هذا المال على المولى وان كان مستحقا عليه فيقع عن الوجه المستحق فى الحكم ويكون له أن يرجع عليه بمثله واذا رجع شهود العتق بعد القضاء به لم يبطل العتق لانهما لا يصدقان فى ابطال الحكم ولا فى ابطال حق العبد ولكنهما يضمنان قيمة ما أتلفا من ماليته على المولى اذ قد اعترفا بالرجوع أنهما أتلفا ماليته على المولى بغير حق ولو ضمنا ثم قامت بينة غيرهم بأن المولى كان أعتقه ان شهدوا أنه أعتقه بعد شهادة هؤلاء لم يسقط عنهم الضمان بالاتفاق لانهم شهدوا بما هو لغو وعتق بقضاء القاضى والمعتق لا يعتق وان شهدوا أنه أعتقه قبل شهادتهم لم يرجعوا بما ضمنوا عند أبى حنيفة وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يرجعون على المولى بما ضمنوا وهذا بناء على ما بينا أن عندهما الشهادة على عتق العبد تقبل من غير

﴿ باب الحلف بالعتق ﴾

(ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لى يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق) لان قوله يومئذ تقديره يوم اذ دخلت الا انه أسقط الفعل وعوضه بالتنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا لو كان فى ملكه يوم حلف عبد فبقى على ملكه حتى دخل عتق لما قلنا

دعوى فتثبت بشهادة الفريق الثانى حرية العبد من الوقت الذى شهدوا به وان لم يكن ثمة مدع لذلك و يتبين به أن الفريق الاول لم يتلفوا على المولى شيأ بشهادتهم وأنه أخذ منهم بغير حق وعنده لا تقبل بلا دعوى ولا مدع لما شهد به الفريق الثانى فان العبد حكم بحريته فلا يمكنه أن يدعى العتق والله أعلم

﴿ باب الحلف بالعتق ﴾

الحلف بالكسر مصدر حلف سماعى وله مصدر آخر أعنى حلفا بالاسكان يقال حلف حلفا وحلفا وتدخله التاء للمرة كقول الفرزدق

على حلفة لا أشتم الدهر مسلما * ولا خارج من فى زور كلام

وقال امرؤ القيس

حلفت لها بالله حلفة فاجر * لناموا فما ان من حديث ولا صال

والمراد بالحلف بالعتق تعليقه بشرط ولما كان المعلق قاصرا فى السببية عن المنجز قدمه عليه ولما جرى المصنف على أن يولى التصرف الذى يصح تعليقه الحلف به كما فعل فى الطلاق ولم يضم الكل الى كتاب الايمان ليكون أضبط لاحكام التصرف الواحد حيث يجتمع فى بابه ولا تتفرق أحكامه فى الابواب أولى العتق الحلف به واعلم أن بعض من لا يجيز تعليق الطلاق بالملك قبل الملك أجازه فى العتق روى ذلك عن أحمد للفرق بأن الشارع متشوف الى العتق دون الطلاق وعندنا الصحيح مطرد فيهما (قوله ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لى يومئذ فهو حر ولم يكن له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق) أى ذلك المملوك الذى اشتراه ولما كان عتق غير المملوك لا يكون بكلام قبل الملك الا أن يكون اضافة الى الملك قرره ليرده اليه بقوله لان التنوين فى يومئذ عوض عن الجملة المضاف اليها لفظ اذ تقديره اذ دخلت ولفظ يوم ظرف المملوك فكان التقدير كل من يكون فى ملكى يوم الدخول حر وهذا فى الحقيقة اضافة عتق المملوك يوم الدخول الى يوم الدخول والمملوك لا يكون الا بملك فصار كأنه قال ان ملكت مملوكا وقت الدخول فهو حر وهو يصدق بملك قبل الدخول يقارن بقاؤه الدخول فكان اضافة العتق الى الملك الموجود عند الدخول معنى بخلاف قوله لعبد غيره ان دخلت فأنت حر فاشتراه فدخل لا يعتق لانه لم يضف العتق الى ملكه لا صريحا ولا معنى وعدول المصنف الى لفظ وقت عن لفظ يوم فى قوله فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول يفيد أن لفظ يوم مراد به الوقت حتى لو دخل ليلا عتق ما فى ملكه لانه أضيف الى فعل لا يمتد وهو الدخول وان كان فى اللفظ انما أضيف الى لفظ اذ اذ الاضافة للدخول لكن معنى اذ غير ملاحظ والا كان المراد يوم وقت الدخول وهو وان كان يمكن على معنى يوم الوقت الذى فيه الدخول تقييدا لليوم به لكن اذا أريد به مطلق الوقت يصير المعنى وقت وقت الدخول ونحن نعلم مثله كثيرا فى الاستعمال الفصيح كنحو و يومئذ يفرح المؤمنون بنصر الله ولا يلاحظ فيه شئ من ذلك فانه لا يلاحظ فى هذه الآية وقت وقت يغلبون يفرح المؤمنون ولا يوم وقت يغلبون يفرحون وله نظائر كثيرة فى كتاب الله وغيره فعرف أن لفظ اذ لم يذكر الا لتكثير العوض عن الجملة المحذوفة أو عماد له أعنى التنوين لكونه حرفا واحدا ساكنا تحسينا ولم يلاحظ معناها ومثله كثير فى أقوال أهل العربية فى بعض الالفاظ لا تخفى على من له نظر فيها وكذا لو كان فى ملكه عبد حين حلف فبقى فى ملكه حتى دخل عتق لما قلنا وفى بعض النسخ

﴿ باب الحلف بالعتق ﴾

الحلف بالعتق هو أن يجعل العتق جزء الشرط ولما كان المعلق قاصرا فى السببية أخر التعليق عن التنجيز قوله (ومن قال اذا دخلت الدار) ظاهر واعترض عليه بأنه يجب أن لا يعتق عليه ما يشتريه بعد اليمين وان قال يومئذ لانه ما أضاف العتق الى الملك ولا الى سببه فكان كما لو قال لعبد الغير ان دخلت الدار فأنت حر فاشتراه ثم دخل الدار فانه لا يعتق لذلك أجيب بأنه وجدت الاضافة الى الملك دلالة لان قوله كل مملوك لى يومئذ معناه ان ملكت مملوكا وقت دخولى الدار فهو حر بخلاف تلك المسئلة لانه لم توجد الاضافة فيها لا صريحا ولا دلالة وقوله (لما قلنا) يريد به قوله فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول

﴿ باب الحلف بالعتق ﴾

(قوله واعترض عليه أنه يجب أن لا يعتق الخ) أقول الاعتراض والجواب لتاج الشريعة

قال (ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق) لان قوله كل مملوك لى للحال والجزاء حرية المملوك في الحال الا أنه لما دخل الشرط على الجزاء تأخر الى وجود الشرط فيعتق اذا بقى على ملكه الى وقت الدخول ولا يتناول من اشتراه بعد اليمين (ومن قال كل مملوك لى ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق) وهذا اذا ولدت لستة أشهر فصاعدا ظاهر لان اللفظ للحال وفي قيام الحمل وقت اليمين احتمال لوجود أقل مدة الحمل بعده وكذا اذا ولدت لاقل من ستة أشهر لان اللفظ يتناول المملوك المطلق والجنين مملوك تبعا للام لا مقصودا ولانه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الانفس دون الاعضاء ولهذا لا يملك بيعه منفردا قال العبد الضعيف وفائدة التقييد بوصف الذكورة أنه لو قال كل مملوك لى تدخل الحامل فيدخل الحمل تبعا لها

لما بينا أى من أن المعتبر قيام الملك وقت الدخول لا وقت التكلم (قوله ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ بل قال اذا دخلت فكل مملوك لى حر لا يعتق ما اشتراه بعد التكلم بل الذى كان في ملكه وقت التكلم ووجهه المصنف بقوله لان قوله كل مملوك لى يختص بالحال والجزاء حرية المملوك في الحال يتعلق في الحال بمملوك أى المملوك في الحال حريته هى الجزاء فلما دخل الشرط عليه تأخرت الى وجود الشرط فيعتق عند الشرط من كان مملوكا عند التكلم ووجه كون كل مملوك لى حالا أن المختار في الوصف من اسم الفاعل والمفعول أن معناه قائم حال التكلم عن نسب اليه على وجه قيامه به أو وقوعه عليه واللام للاختصاص أى لاختصاص من جرت معنى متعلقها اليه به أى بمعنى المتعلق وهو مملوك فلزم من التركيب اختصاص ياء المتكلم بالمتصف بالمملوكية للحال وهى أثر ملكه فلزم قيام ملكه في الحال ضرورة اتصافه باثرها في الحال والا ثبت الاثر بلا مؤثر هذا ويعتق بقول القائل كل مملوك لى حر العبيد ولو مرهونين أو مأذونين أو مؤجرين والاماء ولو كن حوامل أو أمهات أولاد والمدبرون وأولادهم ولا يدخل المكاتب خلافا لزفر لانه مملوك من وجه اذ هو حر يدا ولو نوى الذكور فقط لم يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر في عرف الاستعمال ويصدق ديانة مع أن طائفة من الاصوليين على أن جمع الذكور يعم النساء حقيقة وضعا ولا يدخل المملوك المشترك ولا الجنين الا أن يعنيهم ولا عبيد عبده التاجر وهو قول أبى يوسف الا أن ينويهم وسواء كان على العبد التاجر دين أو لا وفي قول محمد يعتقون نواهم أو لا عليه دين أو لا وعلى قول أبى حنيفة ان لم يكن عليه دين عتقوا اذا نواهم والا فلا وان كان عليه دين لم يعتقوا ولو نواهم ولو قال عنيت ما يستقبل عتق ما كان في ملكه وما سيملكه اذا ملكه لانه قصد تغيير ما يدل عليه ظاهر لفظه فلم تعتبر نيته في ابطال حكم الظاهر واعتبرنا اعترافه لاثبات العتق فيما يستقبل ولا يخفى أن التعليل يرشد الى أن عتق ما هو في ملكه مع هذه النية انما هو في القضاء وفي الذخيرة قال مماليكى كلهم أحرار ونوى الرجال دون النساء لم يذكره وقالوا لا يصدق ديانة بخلاف قوله كل مملوك لى ونوى التخصيص يصدق ديانة انتهى فان قلت ما الفرق وفي الوجهين تخصيص العام فالجواب أن كلهم تأكيد للعام قبله وهو مماليكى لانه جمع مضاف فيعم وهو يرفع احتمال المجاز غالبا والتخصيص يوجب المجاز فلا يجوز بخلاف كل مملوك لى فان الثابت به أصل العموم فقط فقبل التخصيص (قوله ومن قال كل مملوك لى ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق) سواء ولدته لستة أشهر من وقت القول أو أقل أما اذا ولدته لستة أشهر فلان اللفظ أى لفظ كل مملوك لى للحال على ما بينا من وجهه وفي قيام الحمل حال التكلم احتمال لوجود تمام مدة الحمل بعده لجاز أن لا يكون قائما عنده فلا يعتق مع هذا الاحتمال ولم يقل لا يعتق بالشك لانه لا شك لان الظاهر أن مدة الحمل لا تكون الا أكثر من ستة أشهر وأما اذا ولدته لاقل من ستة أشهر فلان التيقن لوجوده حال التكلم وان كان قائما لكن لفظ المملوك المطلق انما ينصرف الى المملوك بالاصالة والاستقلال والحمل مملوك تبعا للامه كعضو من أعضائها حتى ينتقل بانتقالها ويتغذى

وقوله (لان قوله كل مملوك لى للحال) قيل لان اللام للاختصاص والاختصاص انما يكون بمملوك له في الحال اذ لو لم يكن الملك له في الحال كان هو وغيره سواء وقوله (ومن قال كل مملوك لى ذكر فهو حر) ظاهر ومعناه أن المملوك مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والجنين ليس بكامل على ما ذكر في الكتاب وقوله (وفائدة التقييد بوصف الذكورة انه لو قال كل مملوك لى تدخل الحامل) فيدخل الحمل تبعا بناء على أن هذا القول يتناول الذكور والاناث حتى المدبرين وأمهات الأولاد حتى لو قال نويت الرجال دون النساء لم يصدق قضاء

(قوله كل مملوك لى يومئذ الى قوله فهو حر) أقول قالوا المبتدأ اذا تضمن معنى الشرط يدخل في خبره الفاء نحو كل رجل يأتينى فله درهم فههنا كذلك فتأمل (قوله قيل لأن اللام للاختصاص) أقول صاحب القيل تاج الشريعة وفي كلامه تأمل

(وان قال كل مملوك لى أملكه حر بعد غد أو قال كل مملوك لى فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى مملوكا آخر ثم جاء بعد غد عتق الذى فى ملكه يوم حلف) لا الذى اشتراه بعده وقوله بعد غد ظرف لقوله حر لا لقوله أملكه فان أملكه للحال وقوله ثم جاء بعد غد بالرفع ليكون فاعل جاء لانه المقصود وقوله لان قوله أملكه للحال (٤١٨) حقيقة بالرفع ليكون خبران ويجوز النصب على التمييز قال صاحب النهاية وهذا التقرير يخالف رواية النحو وهى أنه مشترك بين الحال والمستقبل وظاهر تقرير المصنف يدل على ما ذكره صاحب النهاية وقال بعض الشارحين لانسلم المخالفة لان كونه للحال حقيقة لايدل على أن كونه للاستقبال ليس بحقيقة لان المشترك فى كل واحد من المعنيين حقيقة ويدل عليهما على سبيل البدل ويرجح أحدهما بالدليل اذا وجد وقد وجد هنا دليل على ارادة الحال لان الحال موجود فلا يعارضه المستقبل المعدوم وأقول قول المصنف وكذا يستعمل له من غير قرينة يأبى قول هذا الشارح لان المشترك لايستعمل فى أحد المعنيين بعينه الا بقرينة وليس النحويون مجمعين على أن المضارع مشترك بينهما بل منهم من ذهب الى انه حقيقة فى الاستقبال مجاز فى الحال ومنهم من ذهب الى عكس ذلك ولعله مختار المصنف لتبادر الفهم اليه وعلى هذا كان الجزاء حرية المملوك فى الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين (ولو قال كل مملوك أملكه أو قال كل مملوك لى فهو حر بعد موتى وله مملوك فاشترى آخر فالذى كان عنده مدبر) مطلق (والآخر ليس بمدبر) مطلق بل هو مدبر مقيد جاز له أن يبيعه (وان مات عتقا من الثلث) مشتركين فيه بيعه

(وان قال كل مملوك أملكه حر بعد غد أو قال كل مملوك لى فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذى فى ملكه يوم حلف) لان قوله أملكه للحال حقيقة يقال أنا أملك كذا وكذا ويراد به الحال وكذا يستعمل له من غير قرينة وللاستقبال بقرينة السين أو سوف فيكون مطلقه للحال فكان الجزاء حرية المملوك فى الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين (ولو قال كل مملوك أملكه أو قال كل مملوك لى حر بعد موتى وله مملوك فاشترى مملوكا آخر فالذى كان عنده وقت اليمين مدبر والآخر ليس بمدبر وان مات عتقا من الثلث)

بغذائها كما يتغذى العضو به ولهذا لايملك بيعه منفردا بل تبعا للحامل والدليل على أنه لم يعتبر فى الشرع نفسا مملوكة أنه لايجزئ عن الكفارة ولا تجب صدقة فطره قال المصنف رحمه الله وفائدة التقييد بالذكورة أنه لو قال كل مملوك ولم يقل ذكر تدخل الانثى فتدخل الحامل فيعتق حملها تبعا وهذا بناء على ان لفظة مملوك اما الذات متصفة بالمملوكية وقيد التذكير ليس جزء المفهوم وان كان التأنيث جزء مفهوم مملوكة فيكون مملوك أعم من مملوكة فالثابت فيه عدم الدلالة على التأنيث لا الدلالة على عدم التأنيث وأما ان الاستعمال استمر فيه على الاعمية فوجب اعتباره كذلك (قوله وان قال كل مملوك أملكه حر بعد غد) يعنى أن بعد غد ظرف لحر لا لاملكه (أو قال كل مملوك لى فهو حر بعد غد وله مملوك واحد) فى الصورتين (فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذى كان فى ملكه يوم حلف) دون المشترى ولفظ بعد غد بالرفع لانه فاعل لجاء لا ظرف ووجهه أن كل مملوك تقدم أنه للحال وكذا لفظ أملك للحال حقيقة يقال أنا أملك كذا فيتبادر منه الحال والتبادر دليل الحقيقة ولذا استعمل فيه من غير قرينة وفى الاستقبال بقرينة السين وسوف وغيرهما كاسناده الى متوقع واقتضائه طلبا على ما عرف فى النحو وهذا أحد المذاهب لاهل العربية وقيل بقلبه وعليه مشى فى المحيط حيث قال أملك وان كان حقيقة فى الاستقبال الا أنه صار للحال شرعا كما فى الشهادة وعرفا يقال أملك كذا درهما فكان كالحقيقة فى الحال والمذهب الثالث أنه مشترك للحال والاستقبال وهو الذى أورده بعض الشارحين على كلام المصنف ظنا أن مذهب النحاة ليس الا أنه مشترك وهو ظاهر مذهب سيبويه وأعجب منه جواب من رام دفعه عن المصنف بأن قول المصنف انه للحال لايدل على أنه للاستقبال ليس حقيقة لان المشترك حقيقة فى المعنيين اهـ فترك النظر الى قول المصنف ولذا يستعمل له بغير قرينة وفى الاستقبال بقرينة وهذا صريح فى أنه فى الاستقبال مجاز لانه هو المشروط بالقرينة بل الجواب ما ذكرنا أن الاشتراك ليس مذهب كل النحاة بل المذاهب ثلاثة وما اختاره المصنف رحمه الله مذهب المحققين منهم كابى على الفارسى وغيره واستدل عليه بما ذكره المصنف من أنه لايراد الاستقبال الا بقرينة كما ذكرنا بخلاف الحال وأما اختيار عكسه كما فى المحيط فورد عليه أن الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عند أبى حنيفة فكان ينبغى أن يكون الجواب عنده على الخلاف المذكور وأما تفريعه على الاشتراك فغاية ما وجه به أن تعين الحال بغلبة الاستعمال عند عدم القرينة أى المعينة لاحد المفهومين الحقيقيين بخلاف نحو أسافر وأتزوج فانه محفوف بقرينة الاستقبال وهى المشاهدة واذا ثبت أنه يراد به الحال على اختلاف التخريج كان الجزاء حرية عبد مملوك فى الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يعتق المملوك بعد الحال (قوله ولو قال كل مملوك أملكه أو كل مملوك لى حر بعد موتى وله مملوك فاشترى آخر ثم مات فالذى كان عنده مدبر) مطلق لايصح

(قوله وقال بعض الشارحين) أقول أراد الاتقانى

(وقال أبو يوسف فى النوادر يعتق ما كان فى ملكه يوم حلف) بطريق التدبير (ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه) لان اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه وهو مراد فلا يجوز أن يكون غيره مرادا على أصلنا (ولهما أن هذا ايجاب عتق وايصاء) أما انه ايجاب عتق فبقوله كل مملوك أملكه أولى فهو حر وأما انه ايصاء فبقوله بعد موتى ولهذا اعتبر من الثلث واذا كان كذلك (ففى الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة) أي المتربصة (والحالة الراهنة) أى الحاضرة سميت بالراهنة لان الرهن هو الحبس والمرتهن محبوس فيها لا فيما قبلها ولا فيما بعدها كذا فى الشروح ألا ترى أنه يدخل فى الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفى الوصية لاولاد فلان يدخل فيها الموجود عندها ومن يولد بعدها اذا عاش الى وقت موت الموصى والايجاب إنما يصح مضافا الى الملك أو الى سببه فهذا الكلام من حيث انه ايجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة ليصير الايجاب مضافا الى الملك فيصير مدبرا لا يجوز بيعه ومن حيث انه ايصاء يتناول الذى يشتريه اعتبارا للحالة المتربصة وهى حالة الموت ويصير مدبرا بعده ولا يصير مدبرا قبله كالذى كان فى ملكه لانه لم يتناوله الكلام حالة التملك لا من حيث الايجاب لعدم الاضافة الى الملك والى سببه ولا من حيث الايصاء لانه يكون عند الموت فكان حال التملك استقبالا محضا لم يتناوله اللفظ فلا يصير مدبرا حال التملك وانما هو عند الموت اذا كان موجودا فى ملكه يصير كانه قال كل مملوك لى أو أملكه فهو حر لدخوله حينئذ تحت الحال المتربصة فيصير مدبرا لكون العتق فى المرض وصية بخلاف قوله كل مملوك أملكه أولى حر بعد غد على ما تقدم لانه تصرف واحد هو ايجاب العتق وليس فيه ايصاء والحالة محض استقبال لا يتناولها الايجاب لعدم الاضافة الى الملك والى سببه فافترقا وعلى هذا

وقال أبو يوسف رحمه الله فى النوادر يعتق ما كان فى ملكه يوم حلف ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه وعلى هذا اذا قال كل مملوك لى اذا مت فهو حر له أن اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار هو مدبرا دون الآخر ولهما أن هذا ايجاب عتق وايصاء حتى اعتبر من الثلث وفى الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة والحالة الراهنة ألا ترى أنه يدخل فى الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفى الوصية لاولاد فلان من يولد له بعدها

بيعه بعد هذا القول والذى اشتراه ليس بمدبر مطلق بل مدبر مقيد حتى جاز بيعه ولو لم يبعه حتى مات عتقا جميعا من الثلث ان خرجا منه عتق جميع كل منهما وان ضاق عنهما يضرب كل منهما بقيمته فيه وهذا ظاهر المذهب عن الكل وعن أبى يوسف فى النوادر أنه لا يعتق ما استفاد بعد يمينه وانما يعتق ما كان فى ملكه يوم حلف وكذا اذا قال كل مملوك لى اذا مت فهو حر وهذا لان اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه من أن المضارع للحال وكذا الوصف فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار به الكائن فى ملكه حال التكلم مدبرا فى الحال دون الآخر وبهذا الوجه طعن عيسى بن أبان فى جواب المسئلة فأوجب المروى عن أبى يوسف وأيضا لو لم يرد به الحال فقط فاما أن يراد كل منه ومن المملوك فى المستقبل فيلزم اما تعميم المشترك أو استعماله فى حقيقته ومجازه ثم يلزم تدبير كل منهما ذلك فى الحال والمستحدث عند ملكه لانه حينئذ فى المعنى كل مملوك لى أو سأملكه مدبر وكذا اذا أريد باللفظ المجتمع فى الملك عند الموت وهو عموم المجاز كما ذهب اليه محمد رحمه الله فيمن قال كل مملوك أملكه غدا فهو حر ولا نية له عتق ما اجتمع فى ملكه غدا ممن كان مملوكا له حال التكلم أو ملكه الى غد خلافا لابى يوسف فان على قوله لا يتناول الا المملوك فى الغد فيلزم تدبير كل منهما تدبيرا مطلقا على قول محمد كما لو قال كل من كان فى ملكى عند الموت مدبر وهو منتف أو يراد المستقبل فقط كما لو قال كل مملوك أملكه الى سنة أو شهر أو الى أن أموت أو أبدا لزم أن لا يعتق ما كان فى ملكه ولا يصير مدبرا وهو منتف فبطلت الاقسام فتعين الاول وهو أن يعتق الكائن فى ملكه وقت التكلم فقط ولازمه ما ذكرنا وعرف من هذا أن صور التراكيب ثلاثة أقسام ما يتناول الحال فقط اتفاقا وهو كل مملوك أملكه أو كل مملوك لى حر ولا نية له فهو على ما كان فى ملكه يوم قاله ولا يعتق ما يستقبل ملكه وما يتناول المستقبل لا غير اتفاقا وهو كل مملوك أملكه الى سنة ونحوه وما فيه خلافهما وهو نحو كل مملوك أملكه غدا ففى قول محمد رحمه الله يعتق فى الغد من كان فى ملكه والمستحدث خلافا لابى يوسف وقول محمد أقيس بمسئلته يومئذ بقليل تأمل (قوله ولهما أن هذا) أى مجموع التركيب لا لفظ أملكه فقط كما فى بعض الشروح (ايجاب عتق وايصاء) لان حاصل التدبير ايجاب للعتق مضافا الى ما بعد الموت وهذا هو الايصاء به فوجب أن يعمل بمقتضى كل من الايجاب والايصاء اللذين هما معنى التدبير ومقتضى ايجاب عتق ما يملكه وقوعه فى الحاصل فى الملك حال التكلم ثم هو مضاف الى الموت فكان تدبيرا مطلقا فلا يجوز بيعه ومقتضى الوصية بما يملكه دخول ما فى الحالة الراهنة أى الحابسة لما فيها والرهن هو الحبس وزمن الحال هو الحابس لما فيه دون ما قبله وما بعده ودخول ما فى الحالة المنتظرة أيضا للاتفاق على أنه لو أوصى بثلث ماله دخل المستحدث من المال بعد الوصية ولو أوصى لولد فلان ولا ولد له فولد له بعد ذلك أولاد دخلوا واستحقوا الموصى به

(قوله ليصير الايجاب مضافا الى الملك الخ) أقول فيه تأمل

قوله (والايجاب انما يصح مضافا الى الملك) معطوف على قوله وفي الوصايا بمعنى لأن يكون جواب سؤال مقدر كما ذهب اليه بعض الشارحين قال وهو أن يقال ينبغي أن لا يتناول الايجاب المشترى أصلا لا في الحال ولا في المآل لان التناول انما يكون مضافا الى الملك أو الى سببه وليس أحدهما في حقه بموجود فأجاب بأن تناوله باعتبار الايصاء لا الايجاب الحالي وقوله (ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال) اشارة الى جواب أبي يوسف ولعله أراد بقوله بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية الالفاظ الدالة على ذلك في طرفي الكلام لان الحقيقة والمجاز من صفات اللفظ وفيه نظر لانه يستلزم التنافي بين طرفي كلام واحد ان كان المراد ايجاب عتق في الحال أو كونه ايصاء فقط ان كان المراد ايجاب عتق بعد الموت ولو قال هذا الكلام تدبير والتدبير حيثما وقع وقع وصية والوصية تعتبر فيها الحالة الراهنة والمنتظرة فيدخل تحته ما كان في ملكه وما يوجد بعد الموت وأما ما بينهما فليس بداخل تحته فلا يصير المستحدث مدبرا حتى يموت لعله كان أسهل تأتيا وأسلم من الاعتراض والله أعلم

(قوله ولعله أراد بقوله بسببين مختلفين الخ) أقول المراد هو الجمع بينهما في لفظ أملكه أو مملوك لي بجهتين

والايجاب انما يصح مضافا الى الملك أو الى سببه فمن حيث انه ايجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة فيصير مدبرا حتى لا يجوز بيعه ومن حيث انه ايصاء يتناول الذي يشتريه اعتبارا للحالة المتربصة وهي حالة الموت وقبل الموت حالة التملك استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ وعند الموت يصير كأنه قال كل مملوك لي أو كل مملوك أملكه فهو حر بخلاف قوله بعد غد على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه ايصاء والحالة محض استقبال فافترقا ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال لانا نقول نعم لكن بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية وانما لا يجوز ذلك بسبب واحد

وانما اعتبر في الوصية دخول كل ما في الحالين تحصيلا لغرض الميت من تحصيل الثواب والبر فيصير كأنه قال عند الموت كل عبد لي حر فيعتق ما دخل في ملكه قبل ذلك ومنه ما ملكه بعد قوله الصريح بخلاف قوله كل عبد أملكه غدا فهو حر ليس فيه الا جهة واحدة هي جهة الايجاب فلا يدخل الا الحاصل في الحال ولما كان هذا ينفي استعمال اللفظ في معنييه أعني لفظ أملك وهو ممنوع عندنا أورده المصنف وأجاب بأن الممتنع الجمع بسبب واحد لا بسببين وأنت تعلم أن هذا قول للعراقيين غير مرضي في الاصول والا لم يمتنع الجمع مطلقا ولم يتحقق خلاف فيه لان الجمع قط لا يكون الا باعتبارين وبالنظر الى شيئين ولو أمكن أن يقال ان لفظه أوجب تقديرلفظ اذ كان وصية وهو ما قدرناه عند موته من قوله كل عبد لي حر فيعتق به ما استحدث ملكه والموجب للتقدير ما ذكرنا من تحقيق مقصود الوصية من الثواب والبر لا الايجاب وهذا الموجب لا يحتاج الى تقديم تقديره عند ملك العبد والا كان مدبرا مطلقا وانما يحتاج اليه عند موته فلا تتعلق به عبارته عند ملكه لا الصريحة لانها لم تتناول الا الحال ولا المقدرة لتأخر تقديرها الى ما قبل الموت فلا يكون مدبرا مطلقا ولا مقيدا كان دافعا للاشكال

﴿فروع من تعليق العتق﴾ قال لعبده ان بعتك فأنت حر فباعه لم يعتق لان نزول العتق المعتق بعد الشرط وبعد البيع هو ليس بمملوك فلا يعتق الا أن يكون البيع فاسدا فيعتق لان الملك فيه بعد البيع باق لا يزول الا بتسليمه الا أن يكون المشترى تسلمه قبل البيع فحينئذ يزول ملكه بنفس البيع فلا يعتق كذا في المبسوط وحقيقة الوجه أن يقال وقت نزول العتق هو وقت زوال الملك لانهما معا يتعقبان البيع فلا يثبت العتق في حال زوال الملك كما لا يثبت في حال تقرر زواله ولو قال لعبده ان دخلت فأنت حر فباعه فدخل ثم اشتراه فدخل لم يعتق لان اليمين انحلت بالدخول الاول في غير الملك اذ ليس يلزم من انحلال اليمين نزول الجزاء ولو لم يدخل بعد البيع حتى اشتراه فدخل عتق خلافا للشافعي لعدم بطلان اليمين عندنا بزوال الملك ومثله في الطلاق ولو قال ان دخلت هاتين الدارين فأنت حر فباعه فدخل احداهما ثم اشتراه فدخل الاخرى عتق لان الشرط اذا كان مجموع أمرين كان الشرط وجود الملك عند آخرهما وبناء مثله في الطلاق ولو دخل احداهما قبل البيع والاخرى بعد البيع ثم اشتراه لا يعتق لعدم الملك عند آخرهما وليس يلزم من كون الشرط مجموع أمرين اعتراض الشرط فلو قال اذا دخلت فأنت حر اذا كلمت فلانا فباعه فدخل ثم اشتراه فكلم فلانا لم يعتق لان شرط العتق ليس الا الكلام غير أنه علق اليمين المنعقدة من شرط الكلام وجزائه الذي هو العتق بالدخول فالدخول شرط اليمين فيصير كأنه قال عند الدخول الكائن في غير ملكه أنت حر اذا كلمت فلانا لان المعلق كالمنجز عند وجود الشرط واليمين لا ينعقد في غير ملكه فكلامه غير موقع ولو قال ان دخلت فأنت حر بعد موتي فباعه فدخل ثم اشتراه ومات لم يعتق لانه علق التدبير بدخول الدار فيصير كالمنجز عنده وعنده لم يكن الملك قائما والتدبير لا يصح الا

مختلفتين على ما هو مذهب العراقيين (قوله فيدخل تحته ما كان في ملكه وما يوجد بعد الموت الخ) أقول يبقى الكلام في دخولهما تحته فان أملكه للحال وكذا مملوك لي فان قيل يدخل الملك المستحدث بأن يراد باللفظ المجتمع في الملك عند الموت قلنا فحينئذ يكون كل منهما مدبرا مطلقا على ما صرحوا وهو منتف

الجعل بالضم ماجعل للانسان من شئ على شئ يفعله وكذلك الجعالة بالكسر وانما أخره هذا الباب لكون المال غير أصل فى باب العتق (ومن أعتق عبده على مال) أى مال كان من عروض أو حيوان أو غيرهما (مثل أن يقول أنت حر على ألف درهم أو بألف درهم) أو على أن لى عليك ألفا أو على ألف تؤديها أو على أن تعطينى ألفا أو على أن تجيئنى بألف (فقبل العبد عتق) ساعة قبوله لا يقال كلمة على للشرط فيكون العتق معلقا بشرط أداء الالف كما لو قال ان أديت الى ألفا لانا نقول انها انما تكون للشرط اذا دخلت فيما يكون على خطر الوجود وذلك فى الافعال دون الاعيان لان بعض الصور المذكورة دخلت فيه على الافعال بل لما قيل لان الكلام فيما اذا كان مراده التنجيز بعوض لا التعليق فكان الصارف عن الشرطية دلالة الحال (وانما يعتق العبد بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه) فقوله اذ العبد لا يملك نفسه دليل على كونه معاوضة بغير مال وهو يحتمل وجوها أحدها أن العبد لا يملك نفسه من حيث المالية لانه مال فلا يملك المال واذا لم يملكه كان ما بذله من العوض فى مقابلة ما ليس بمال وليس بشئ لان المولى يملكه فكان ما بذله فى مقابلة المال والثانى العبد لا يملك نفسه لانه ليس بمال بالنسبة الى نفسه لكونه مبقى على أصل الحرية بالنسبة اليه ولهذا صح اقراره بالحدود والقصاص وغيرهما واذا كان كذلك سقط ملك المولى فى ذاته بالاعتاق أو بيع نفسه منه فكان ما بذله فى مقابلة ما ليس بمال ذكر هذان الوجهان فى بعض الشروح وهذا أيضا ليس بشئ لان العبد مال بالنسبة الى مولاه وان لم يكن مالا بالنسبة الى نفسه فكان ما بذله فى مقابلة مال عند المولى والثالث أن العبد لا يملك نفسه بهذا العقد لكونه اسقاطا فلم يدخل به فى يده شئ من المال غاية ما يقال انه ثبت له به قوة شرعية وهى ليست

باب العتق على جعل

(ومن أعتق عبده على مال فقبل العبد عتق) وذلك مثل أن يقول أنت حر على ألف درهم أو بألف درهم وانما يعتق بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه

الا فى الملك أو مضافا اليه واذا لم يصح التدبير لم يعتق بموته ولو علق عتق عبد مشترك بينه وبين غيره ثم اشترى باقيه ففعل ما علق عتقه عليه لم يعتق الا نصفه لانه انما ينزل المعلق والمعلق كان النصف والعتق يتجزأ عند أبى حنيفة فيسعى فى قيمة نصفه لسيده وعندهما يعتق كله فلا يسعى ولو كان باع النصف الاول ثم اشترى نصف شريكه ثم دخل الدار لم يعتق منه شئ لان المعلق النصف المباع لا المستحدث وقد وجد الشرط فى غير ملكه ولو جمع بين عبده وبين ما لا يقع فيه العتق من ميت أو حجر أو حمار وقال أحد كما حر أو قال هذا أو هذا عتق عبده عند أبى حنيفة وان لم ينوه وقالا لا يعتق الا أن ينويه ومثله وأصله مر فى الطلاق وروى ابن سماعة عن محمد أنه اذا جمع بين عبده وأسطوانة وقال أحد كما حر عتق عبده لان كلامه ايجاب الحرية للجزم ولو قال هذا حر أو هذا لم يعتق عبده لان هذا اللفظ ليس بايجاب لها كقوله هذا حر أو لا وهذه مسئلة فى الشهادة على الشرط قال ان دخلت دار فلان فأنت حر فشهد فلان وآخر أنه قد دخل عتق لان الدخول فعل العبد وصاحب الدار فى شهادته به غير متهم فصحت شهادته بخلاف ما لو قال ان كلمته فشهد هو وآخر أنه كلمه لم يعتق لان فلانا فى هذه شاهد على فعل نفسه فلم يبق الا شاهد واحد على الشرط ولو شهد ابنا فلان أنه كلم أباهما فان جحد الأب جازت شهادتهما لانهما شهدا على أبيهما بالكلام وعلى أنفسهما بوجود الشرط وان ادعاه أبوهما فعند أبى يوسف هى باطلة وعند محمد جائزة لانه لا منفعة للمشهود به لابيهما فمحمد يعتبر المنفعة لثبوت التهمة وأبو يوسف يعتبر مجرد الدعوى والانكار لان شهادتهما يظهر ان صدقه فيما يدعيه وتقدم مثل هذه فى النكاح والله أعلم

باب العتق على جعل

أخر هذا الباب عن أبواب العتق منجزها ومعلقها كما أخر الخلع فى الطلاق لان المال فى هذين البابين من الاسقاط غير أصل بل الاصل عدمه فأخر ما ليس بأصل عما هو أصل والجعل ما يجعل للانسان على شئ يفعله وكذا الجعيلة ويقال الجعالة ضبط جيمها بالكسر فى الصحاح وفى غيره من غريب الحديث للقتبى وديوان الادب للفارابى بالفتح فيكون فيه وجهان (قوله ومن أعتق عبده على مال فقبل العبد عتق) وذلك مثل أن يقول أنت حر على ألف درهم أو بألف درهم أو على أن لى عليك ألفا أو على ألف تؤديها أو على أن تعطينى ألفا أو على أن تجيئنى بألف أو بعتك نفسك بألف أو وهبتكها على أن تعوضنى ألفا فانه يعتق اذا قبل وانما يعتق بمجرد قبوله والولاء للمولى لانه عتق على ملكه وهو موجب للولاء

باب العتق على جعل

(قوله لانه مال فلا يملك المال) أقول هذا لا يدل على المقصود اذ المدعى انه لا يملك نفسه بعد أداء البدل (قوله وهذا أيضا ليس بشئ) أقول قوله ليس بشئ ليس بشئ فان المراد أنه لم يحصل فى يده شئ من المال على ما هو الشأن فى معاوضة المال بالمال وكونه مالا بالنسبة الى مولاه لا يفيد ذلك (قوله والثالث أن العبد لا يملك نفسه بهذا العقد لكونه اسقاطا) أقول ضمير لكونه راجع الى العقد

بمال لا محالة فكان ما بذله في مقابلة ما ليس بمال بل ما هو قوة شرعية وهذا أقرب منهما واذا ثبت أنه معاوضة فمن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما في البيع فاذا قبل صار حرا وان رد أو أعرض عن المجلس بالقيام أو بالاشتغال بما يعلم به قطع المجلس بطل فاذا قبل صار ما شرط دينا عليه حتى تصح الكفالة به لانه يسمى وهو حر بخلاف بدل الكتابة حيث لا تصح به الكفالة لانه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق فكان ثبوته على خلاف القياس اذ القياس ينفي أن يستوجب

المولى الدين على عبده فلما ثبت بخلاف القياس ضرورة حصول الحرية للمكاتب وحصول المال للمولى اقتصر على موضع الضرورة ولم يعد الى الكفالة وقوله (واطلاق لفظ المال ينتظم أنواعه من النقد) يعني في قوله ومن أعتق عبده على مال وقوله (فشابه النكاح) يعني اذا شابه ذلك جاز أن يثبت الحيوان دينا في الذمة هنا كما جاز ذلك في تلك العقود (وكذلك الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس) كما اذا أعتقه على مائة قفيز حنطة (ولا يضره جهالة الوصف) بأن لم يقل انها جيدة أو رديئة ربيعية أو خريفية فان جهالة الوصف لا تمنع صحة التسمية لكونها يسيرة

ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما في البيع فاذا قبل صار حرا وما شرط دين عليه حتى تصح الكفالة به بخلاف بدل الكتابة لانه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق على ما عرف واطلاق لفظ المال ينتظم أنواعه من النقد والعرض والحيوان وان كان بغير عينه لانه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد وكذا الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس ولا تضره جهالة الوصف لانها يسيرة

بعوض وبلا عوض لانه معاوضة ومن حكم المعاوضات ثبوت الحكم بقبول العوض في الحال كما في البيع وكما اذا أطلقها على مال فقبلت وهذا لان المولى ثبت ملكه في العوض الكائن من جهة العبد بقبوله فيلزم زوال ملكه عن المعوض والا اجتمع العوضان في ملكه حكما للمعاوضات وصار كالبيع فيشترط القبول في مجلسه ذلك ان كان حاضرا وان كان غائبا اعتبر مجلس علمه فان قبل عتق ولزمه المال دينا يطالب به بعد الحرية وان رده أو أعرض اما بالقيام أو باشتغاله بعمل آخر بطل وليس له أن يقبل بعده واذا صار دينا على حر صحت الكفالة به وعليه ما ذكر في الاصل أعتق أمته على مال فولدت ثم ماتت ولم تترك شيأ فليس على المولود من ذلك المال شئ لانه ليس على الوارث من دين المورث شئ ولو كانت أعطته في حال حياتها كفيلا بالمال الذي أعتقها عليه جاز لانها حرة مديونة بخلاف بدل الكتابة لا تصح به الكفالة لانه دين ثبت مع المنافي لثبوته بالشرع لضرورة حصول العتق للعبد والبدل للمولى فيتقدر بقدره فلا يتعدى الى الكفيل والمنافي هو الرق فانه ينفي أن يكون للمولى على مرقوقه دين ولان الكفالة انما تصح بدين صحيح وهو ما لا يخرج المديون عنه الا بالاداء أو ابراء من له وبدل الكتابة يسقط بدونهما بأن عجز نفسه وكما تصح الكفالة به جاز أن يستبدل به ما شاء يدا بيد لانه دين لا يستحق قبضه في المجلس فيجوز أن يستبدل به كالاثمان ولا خير فيه نسيئة لان الدين بالدين حرام (قوله واطلاق لفظ المال) أي في قوله على مال ينتظم أنواعه من النقد والمكيل والموزون والعرض والحيوان وان كان بغير عينه بعد كونه معلوم الجنس كمائة قفيز حنطة وان لم يقل جيدة أو صعيدية وكفرس أو حمار أو عبد لان الجهالة يسيرة فتتحمل لانه معاوضة مال بغير المال فشابه النكاح وعلل المصنف كونه معاوضة مال بما ليس بمال بأن العبد لا يملك نفسه يعني الحاصل له في مقابلة المال ليس مالا لان نفسه بالنسبة اليه ليس مالا لانه مبقى على أصل الحرية بالنسبة الى نفسه حتى صح اقراره بالحدود والدين وان تأخر عنه الى الحرية وكذا الخلع والصلح عن دم العمد وفيها يغتفر ذلك كما تقدم ويلزمه الوسط في تسمية الحيوان والثوب بعد تسمية جنسهما من الفرس والحمار والعبد والثوب الهروي ولو أتاه بالقيمة أجبر المولى على القبول كما في المشهور وهو مذهب مالك وأحمد ولو لم يسم الجنس بأن قال على ثوب أو حيوان أو دابة فقبل عتق ولزمه قيمة نفسه ولو أدى اليه العبد أو العرض فاستحق ان كان بغير عينه في العقد فعلى العبد مثله وقد علمت أن القيمة في مثله مخلص وان كان معينا بأن قال أعتقتك على هذا العبد أو الثوب أو بعتك نفسك بهذه الجارية فقبل وعتق وسلمه فاستحق رجع على العبد بقيمة نفسه عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يرجع بقيمة المستحق وعلى هذا الخلاف اذا هلك قبل التسليم واذا كان الحكم أنه لو اشترى

شيأ

قال المصنف (واطلاق لفظ المال ينتظم أنواعه الخ) أقول قال تاج الشريعة يريد به النوع بأن قال فرس أو حمار انتهى يعني يريد المصنف بقوله والحيوان النوع بأن قال الخ لكن بقي ههنا بحث يظهر وجهه من كلام ابن الهمام في شرحه حيث قال ويلزمه الوسط من تسمية الحيوان والثوب بعد بيان جنسهما من الفرس والحمار والعبد والثوب الهروي ولو أتاه بالقيمة أجبر المولى على القبول كما هو المشهور وهو مذهب مالك وأحمد ولو لم يسم الجنس بأن قال على ثوب أو حيوان أو دابة فقبل عتق ولزمه قيمة نفسه انتهى وأنت خبير بأن جواب هذا البحث يظهر من التأمل في كلام المصنف ألا ترى الى قوله اذا كان معلوم الجنس

(ولوعلق عتقه بأداء المال صح) لان هذه الصيغة أعني قوله ان أديت الى ألف درهم فأنت حر صيغة التعليق فيتعلق عتقه بأداء المال كالتعليق بسائر الشروط ولهذا لا يحتاج فيه الى قبول العبد ولا يرتد برده وللمولى أن يبيعه قبل الاداء كما في التعليق بسائر الشروط وقوله (من غير أن يصير مكاتبا) يعني لا تثبت أحكام المكاتبين حتى لو مات وترك وفاء فالمال لمولاه ولا يؤدى عنه ولو مات المولى فالعبد رقيق يورث عنه مع ما في يده من أكسابه ولو كانت أمة فولدت ثم أدت لم يعتق ولدها ولو حط المال أو أبرأه المولى لم يعتق ولو كان مكاتبا لكان الحكم على عكس ما ذكر في الجميع. وقوله (ومراده التجارة) يعني من الترغيب في الاكتساب لانها هي المشروعة عند الاختيار (دون التكدي) لانه يدنئ المرء ويخسه وقوله (وفي سائر الحقوق) يريد به الثمن وبدل الخلع وبدل الكتابة وما أشبهها وقوله (أنه) يعني المولى (ينزل قابضا بالتخلية) برفع المانع سواء قبض أو لم يقبض وليس المراد بالاجبار ما هو المفهوم منه عند الناس من الاكراه بالضرب أو الحبس وقوله (اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا) احتراز عن الكتابة فانها ليست بتعليق لفظي فانه لو قال لعبده كاتبتك على كذا من المال صحت الكتابة وليس فيه تعليق لفظي لعدم ألفاظ الشرط فيه وقوله (ولهذا لا يتوقف على قبول العبد) توضيح لكونه تصرف يمين وقوله (ولا جبر على مباشرة شروط الايمان) متصل بقوله لانه تصرف يمين وقوله (لانه لا استحقاق) تقرير له لا جبرا الا باستحقاق ولا استحقاق (قبل وجود الشرط) ولهذا يمكنه البيع قبل الاداء

قال (ولوعلق عتقه باداء المال صح وصار مأذونا) وذلك مثل أن يقول ان أديت الى ألف درهم فأنت حر ومعنى قوله صح أنه يعتق عند الاداء من غير أن يصير مكاتبا لانه صريح في تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نبين ان شاء الله تعالى وانما صار مأذونا لانه رغبه في الاكتساب بطلبه الاداء منه ومراده التجارة دون التكدي فكان اذنا له دلالة (وان أحضر المال أجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد) ومعنى الاجبار فيه وفي سائر الحقوق أنه ينزل قابضا بالتخلية وقال زفر رحمه الله لا يجبر على القبول وهو القياس لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل وجود الشرط

شيأ بعبد الغير صح البيع فكذا هنا الا أن في البيع اذا لم يجز مالك العبد يفسخ العقد وهنا لا يفسخ بعد نزول العتق بالقبول ولو اختلفا في المال جنسه أو مقداره بأن قال المولى أعتقتك على عبد وقال العبد على كر حنطة أو على ألف وقال العبد على مائة فالقول للعبد مع يمينه وكذا لو أنكر أصل المال كان القول له لانه عتق باتفاقهما والمال عليه للمولى فالقول في بيانه قوله والبينة بينة المولى اما لاثبات الزيادة أو لانه يثبت حق نفسه ببينته ولو كان هذا الاختلاف في مسئلة التعليق بالاداء وهي التي تلي هذه المسئلة أعني قوله ان أديت الى ألفا فأنت حر فالقول قول المولى مع يمينه لان التعليق بالشرط تم به فالقول قوله في بيانه بخلاف ما قبلها فان العبد عتق بالقبول فيكون الاختلاف بينهما في الدين الواجب عليه أما هنا فلا يعتق الا بالاداء وانما الاختلاف بينهما فيما يقع به العتق فكان القول للمولى فان أقاما البينة فالبينة بينة العبد اذ لا منافاة بين البينتين لانه يجعل كان الامرين كانا فأي الشرطين أتى به العبد يعتق ولان البينتين للالزام وفي بينة العبد معنى الالزام أتم فانها اذا قبلت عتق العبد باداء خمسمائة وليس في بينة المولى الزام فانها اذا قبلت لا يلزم العبد أداء المال هكذا عرف هاتين المسئلتين ولو قال المولى أعتقتك أمس على ألف فلم تقبل وقال العبد قبلت فالقول قول المولى مع يمينه لانه أقر بتعليق العتق بقبوله المال وهو يتم بالمولى ولهذا يتوقف بعد المجلس اذا كان العبد غائبا ثم العبد يدعي وجود الشرط بقبوله وزوال ملك المولى به والمولى ينكر فالقول قوله كما لو قال قلت لك أمس أنت حر ان شئت ولم تشأ وقال العبد بل قد شئت فالقول قول المولى بخلاف قوله لغيره بعتك هذا الثوب أمس بألف فلم تقبل وقال الآخر بل قبلت القول للمشتري لان القائل أقر بالبيع ولا يتحقق البيع الا بقبول المشتري فهو في قوله لم تقبل راجع عما أقر به (قوله ولو علق عتقه باداء المال صح وصار مأذونا) وذلك مثل أن يقول ان أديت الى ألفا فأنت حر ومعنى صح قوله أي التعليق فيستعقب مقتضاه وهو انه يعتق عند الاداء من غير أن يصير مكاتبا لانه صريح في تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نبين في خلافية زفر والكتابة ليست صريحة في التعليق بل صريحة في عقد المعاوضة وصار العبد مأذونا ضرورة الحكم الشرعي بصحة هذا التعليق واستعقابه آثاره من العتق عند الاداء وذلك يقتضي أن يتمكن شرعا من الاكتساب حيث علق عتقه باداء المال ويستلزم طلب المولى منه المال فلزم أن يجعله مأذونا لانه الموضوع للاكتساب في العادة وخصوصا عادة المتحققين بصفة أنهم موالي العبيد وهو التجارة لا التكدي لانه خسة يلحق المولى عارها لكنه لو اكتسب منه فأدى عتق لوجود الشرط (قوله وان أحضر المال أجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد) ومعنى الاجبار فيه وفي سائر الحقوق من ثمن المبيع وبدل الاجارة وغيرها أن ينزل قابضا بالتخلية بينه وبينه بأن يكون بحيث لو مد يده أخذه وعلى هذا فمعنى نسبة الاجبار للحاكم أن يحكم بأنه قبض هذا اذا كان العوض

وقوله (بخلاف الكتابة) متصل بقوله اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا وقوله (لانه) أى لان عقد الكتابة (معاوضة والبدل فيها واجب) فكان الجبر بعد الاستحقاق (ولنا أنه تعليق نظرا الى اللفظ) كما ذكرنا (ومعاوضة نظرا الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا فى الطلاق فى مثل هذا اللفظ) بان يقول ان أديت الى ألفا فأنت طالق (حتى) لو طلقها بهذه الصفة (كان بائنا فجعلناه تعليقا فى الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد أحق بمكاسبه ولا يسرى الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة فى الانتهاء عند الاداء دفعا للغرور عن العبد) فانه ما تحمل المشقة فى اكتساب المال الا لينال شرف الحرية فيجبر على القبول فان قيل لا يمكن جعله معاوضة أصلا لان البدل والمبدل كلاهما عند الاداء ملك للمولى لانه قبل الاداء عبد وهو وما فى يده لمولاه أجيب بانه لما ثبت عند الاداء معنى الكتابة من الوجه الذى بينا ثبت شرط صحته اقتضاء (٤٢٤) وهو أن يصير العبد أحق بالمؤدى فيثبت هذا سابقا على الاداء متى وجد الاداء وصار كما اذا كاتب عبده على نفسه وماله وكان اكتسب مالا قبل الكتابة فانه يصير أحق بذلك المال حتى لو أدى ذلك عتق كذا فى النهاية وغيره منسوبا الى مبسوط شيخ الاسلام وفيه نظر من وجهين أحدهما أن ثبوت معنى الكتابة هو المعارض فلا بد من اثباته والثانى أن حصول شرط صحة الشئ عبارة لا يقتضى صحته فضلا عن حصوله اقتضاء ولعل الصواب فى الجواب أن يقال لما صحت الكتابة والمعنى الذى ذكرتم قائم فيها وهى معاوضة ليس فيها معنى التعليق فلأن يصح العتق على مال وفيه معنى التعليق أولى فيكون ملحقا بالكتابة دلالة

بخلاف الكتابة لانه معاوضة والبدل فيها واجب ولنا أنه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة نظرا الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا فى الطلاق فى مثل هذا اللفظ حتى كان بائنا فجعلناه تعليقا فى الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد أحق بمكاسبه ولا يسرى الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة فى الانتهاء عند الاداء دفعا للغرور عن العبد حتى يجبر المولى على القبول

صحيحا أما لو كان خمرا أو مجهولا جهالة فاحشة كما لو كان قال له ان أديت الى كذا خمرا أو ثوبا فأنت حر فأدى ذلك لا يجبر على قبولهما أى لا ينزل قابضا الان أخذه مختارا وأما عدم العتق فى قوله ان أديت الى ألفا فحججت بها فأنت حر لا يجبر على القبول لان التعليق بشيئين المال والحج فلا يعتق بمجرد المال لبطلان معنى المعاوضة ولذا ان كان قال ان أديت الى ألفا أحج بها يجبر على القبول لان الاداء اتمام الشرط والحج وقع مشورة وقال زفر لا يجبر على القبول أى لا ينزل قابضا بالتخلية بل ان أخذه كان قابضا وعتق العبد وقوله هو القياس لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف صحته على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ واذا كان يمينا فلا اجبار على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل الشرط بل بالشرط ولا يجبر على أن يباشر الانسان سببا يوجب عليه شيئا بخلاف الكتابة لانه عقد معاوضة لازمة والبدل فيها واجب على العبد فيجبر على قبضه اذا أتى به أما ههنا البدل ليس واجبا على العبد فلا يلزم المولى قبوله واعلم أن الكتابة قد تثبت بصيغة الشرط اذا حف بما يقتضيها كقوله ان أديت الى ألفا كل شهر مائة فأنت حر فانه يصير مكاتبا لا يجوز بيعه كذا ذكره فى الدراية مقتصرا ونسبه الى الخزانة والمسئلة فى مبسوط شمس الأئمة وذكر أن هذا هو المذكور فى نسخ أبى سليمان وفى نسخ أبى حفص لا يكون مكاتبا وله بيعه لانه تعليق بشروط وهو أن يؤدى المال عشر مرات والتعليق بشرط واحد وشروط سواء ووجه رواية أبى سليمان أنه جعله منجما والتنجيم من حكم الكتابة والعبرة للمعانى لا للالفاظ واستشهد لابى حفص بما لو قال ان أديت الى ألفا فى هذا الشهر فلم يؤده فيه وأداه فى غيره لا يعتق اتفاقا وأجيب بأنه ليس فى هذا تنجيم والمسئلة تحتمل التأمل (قوله وانما انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة بالنظر الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على

(قوله لأن البدل والمبدل الخ) أقول فيه أن المبدل هو ثبوت القوة الحكمية كما سبق وليس ذلك ملك المولى ولا تمس الحاجة فى تتميم السؤال الى كون المبدل فى ملكه بل يكفى حصوله بسببه ومن جهته فليتأمل (قوله ملك للمولى) أقول يعنى رقبة وتصرفا (قوله وفيه نظر من وجهين الى قوله فلا بد من اثباته) أقول يكفى فى اثباته ما ذكر المصنف ولم يتم ما عورض به لتوجه المنع الى قوله كلاهما عند الاداء ملك المولى وسنده أنه يجوز أن يكون ملك العبد سابقا على الاداء بطريق الاقتضاء فيندفع النظر الثانى أيضا فان مراد المجيب أنه يجوز أن تحصل الصحة مع شرطها كما لا يخفى فليتأمل (قوله ولعل الصواب فى الجواب أن يقال لما صحت الكتابة والمعنى الذى ذكرتم قائم فيها) أقول كيف يكون قائما فيها وليس للمولى ولاية التصرف فى ماله ويجوز اشتراء شخص ماله بماله لاستفادة ولاية التصرف فيه صرح به فى المرابحة والتولية وغيرهما وفى التعليق ليس كذلك (قوله فلأن يصح العتق على مال وفيه معنى التعليق أولى) أقول فيه بحث اذ لا كلام لاحد فى صحة العتق على مال وانما النزاع فى الاجبار على القبض ووجود معنى التعليق فيه يمنع من الاجبار ولا يفيد الاولوية بالطريق فالمآل الى ما نقل عن شيخ الاسلام كما لا يخفى على أولى الافهام (قوله فلا بد من اثباته) أقول يكفى فى اثباته ما ذكره المصنف

دفع المال فينال العبد شرف الحرية) من جهة السيد وينال السيد المال عوضا عنه وهو معنى المعاوضة وقد فرض صحة هذا التصرف لتحقيق هذا الغرض شرعا فلا بد من اعتباره معاوضة ولذا كان عوضا في الطلاق اذا قال ان أديت الى ألفا فأنت طالق حتى وقع بائنا لكن لما لم يكن المال لازما على العبد تأخر هذا الاعتبار الى وقت أدائه اياه ويلزم اعتباره مكاتبا الآن ما بالضرورة يتقدر بقدرها فيثبت ملكه لذلك قبيله ويلزم قبوله على السيد وبه يندفع الايراد القائل فيه كيف تصح المعاوضة وكل من البدل والمبدل للمولى لان على ماذكر يكون المال للعبد لا للمولى وقد أجيب بأن هذه مغالطة لان العتق حصل للعبد وهذا يتم ان أريد بالمبدل العتق أما ان أريد به الاعتاق الذي هو فعله فلا ولو حول تقرير الاشكال الى أن المال ملك السيد فكيف يعتق بادائه وان أنزل مكاتبا كما أن المكاتب لا يعتق باداء ما كان اكتسبه قبل الكتابة لم يقع هذا الجواب دافعا بخلاف ذلك الجواب فانه يدفع الاشكال كيفما قرر فأما ما قبل الاداء فالواجب اعتبار الشرط والالتضرر السيد اذ تمتنع بيعه عليه ويصير العبد أحق بمكاسبه من سيده مع انه لم يجب عليه أداء مال وتسرى الحرية الى المولود للامة المعلق عتقها بالاداء بخلاف مالو كان عبدا الان رق الولد وحريته تابعة لامه والحاصل أنه ثبت له جهتا التعليق والمعاوضة فوجب توفير مقتضى كل عليه وعلى هذا يدور الفقه أي على ترتيب مقتضى كل شبه عليه وتخرج المسائل المختلفة التي بعضها يقتضي اعتباره تعليقا وبعضها يقتضي اعتباره معاوضة الا أنه لما تأخر اعتبار المعاوضة الى وقت الاداء كانت أحكام الشرط أكثر من أحكام المعاوضة فلم يثبت من أحكامها الا ماهو بعد الاداء وهو ما اذا وجد السيد بعض المؤدى زيوفا فان له أن يرجع بقدره جيادا وما كان من ضروريات المعاوضة وهو تقديم ملك العبد لما أداه وانزاله قابضا اذا أتاه به وفيما قبل ذلك المعتبر جهة التعليق فكثرت آثاره بالنسبة الى المعاوضة فلهذا خالف المعاوضة التي هي الكتابة في صور كثيرة الاولى ما اذا مات العبد قبل الاداء وترك مالا فهو للمولى ولا يؤدى منه عنه ويعتق بخلاف الكتابة الثانية لو مات المولى وفي يد العبد كسب كان لورثة المولى ويباع العبد بخلاف الكتابة الثالثة لو كانت أمة فولدت ثم أدت فعتقت لم يعتق ولدها لانه ليس لها حكم الكتابة وقت الولادة بخلاف الكتابة الرابعة لو قال العبد للمولى حط عني مائة فحط المولى عنه مائة وأدى تسعمائة لا يعتق بخلاف الكتابة الخامسة لو أبرأ المولى العبد عن الالف لم يعتق ولو أبرأ المكاتب عتق كذا ذكروها والظاهر أنه لا موقع لها اذ الفرق بعد تحقق الابراء في الموضعين يكون والابراء لا يتصور في هذه المسئلة لانه لادين على العبد بخلاف الكتابة السادسة لو باع المولى العبد ثم اشتراه أو رد عليه بخيار عيب ففي وجوب قبول ما يأتي به خلاف عند أبي يوسف نعم وعند محمد لا ولكن لو قبضه عتق بخلاف الكتابة فانه لا خلاف في أنه يجب أن يقبله ويعتق قابضا ووجه قول محمد أن وجوب القبول وانزاله قابضا كان من حكم الكتابة وقد بطلت بالبيع فلا يجب القبول غير أنه لو قبله عتق بحكم التعليق وهو لا يبطل بالخروج عن الملك لما عرف في الايمان بالطلاق وقول أبي يوسف عندي أوجه لان الكتابة التي تبطل بالبيع هي القائمة عنده وأنت علمت أن انزاله مكاتبا انما هو في الانتهاء وهو ما عند أدائه فلا ينزل مكاتبا قبله بل الثابت قبله ليس الا أحكام التعليق والبيع كان قبله ولا كتابة حينئذ معتبرة شرعا فتبطل وقد فرض بقاء هذه اليمين واعتبار صحتها بعد البيع فيجب ثبوت أحكامها ومنها وجوب القبول اذا أتى بالمال السابعة أنه يقتصر على المجلس فلا يعتق ما لم يؤد في ذلك المجلس فلو اختلف بأن أعرض أو أخذ في عمل آخر فأدى لا يعتق بخلاف الكتابة هذا اذا كان المذكور من أدوات الشرط لفظة ان فان كان لفظة متى أو اذا فلا يقتصر على المجلس الثامنة أنه يجوز للمولى بيع العبد بعده وله ذلك قبل أن يؤدى بخلاف المكاتب التاسعة أن للسيد أن يأخذ ما يظفر به مما اكتسبه قبل أن يأتيه بما يؤديه بخلاف المكاتب العاشرة أنه اذا أدى وعتق وفضل عنده مال مما اكتسبه

(قوله ويعتق) لعل صوابه ولا يعتق لعدم وجود شرط العتق وهو الاداء للمولى كذا بهامش نسخة الشيخ العراوى

وقوله (فعلى هذا) أى على العمل بالشبهين (يدور المعنى الفقهى وتخرج المسائل) المتعارضة يعنى أن قوله ان أديت الى ألف درهم فأنت حر ألحق فى بعض الاحكام بمحض التعليق وهى ما ذكرنا من مسائل القياس من عدم تمكنه من البيع وغيره وألحق فى بعضها بالكتابة من جبر المولى على القبول لانه لما كان هذا اللفظ تعليقا نظرا الى اللفظ ومعاوضة نظرا الى المقصود عملنا بالشبهين شبه التعليق فى حالة الابتداء وشبه المعاوضة فى حالة الانتهاء كما فى الهبة بشرط العوض فانها هبة ابتداء حتى لم تجز فى المشاع واشترط القبض فى المجلس وبيع انتهاء حتى لم يتمكن الواهب من الرجوع وجرت الشفعة فى العقار ويرد بالعيب ولو أدى البعض يجبر على القبول لان الذى أتى به بعض تلك الجملة فاذا ثبت الاجبار على قبول الكل ثبت فى البعض كما فى الكتابة وهذه رواية الزيادات وقيل هو استحسان وما ذكر فى مبسوط شيخ الاسلام انه لا يجبر على قبول البعض لان معنى الكتابة عندنا يثبت من حيث انه عتق عما أداه الى المولى وانما يعتق باداء الجميع فما لم يوجد أداء جميع المال لا يثبت معنى الكتابة هو القياس الا أنه باداء البعض لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض وأدى البعض الباقى لان الشرط وجود الجميع فاذا لم يوجد بعضه كان كما اذا لم يوجد كله واذا حط الجميع لم يعتق لانتفاء الشرط فكذلك هذا بخلاف الكتابة لان المال هناك واجب على المكاتب فيتحقق ابراؤه عنه سواء أبرأه عن الكل أو البعض ولو أدى ألفا اكتسبها قبل العتق رجع المولى عليه وعتق أما الرجوع عليه بألف أخرى مثلها فلان الالف التى أداها كانت مستحقة من جانب المولى فلا يحصل المقصود بادائه لان مقصوده أن يحثه على الاكتساب او ليؤدى من كسبه فيملك المولى ما لم يكن فى ملكه قبل هذا وهذا ليس كذلك وأما أنه عتق فلوجود شرط الحنث لما أن كون الالف مستحقة لا يمنع كونه شرط الحنث كما لو غصب مال انسان وأداه (ثم الاداء فى قوله ان أديت يقتصر على المجلس) وهذا ظاهر الرواية وعن أبى يوسف أنه لا يقتصر عليه كما فى التعليق بسائر الشروط وجه الظاهر ما ذكره بقوله لانه يخير العبد بين الاداء والامتناع عنه فكان كالتخيير بمشيئة العبد اذا قال أنت حر ان شئت فان قيل قد تقدم أنه يصير مأذونا له فى التجارة فكيف يكون الاداء مقتصرا على المجلس أجيب

فعلى هذا يدور الفقه وتخرج المسائل نظيره الهبة بشرط العوض ولو أدى البعض يجبر على القبول الا انه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض وأدى الباقى ثم لو أدى ألفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع عليه لانه مأذون من جهته بالاداء منه ثم الاداء فى قوله ان أديت يقتصر على المجلس لانه تخيير وفى قوله اذا أديت لا يقتصر لان اذا تستعمل للوقت بمنزلة متى

كان للسيد فيأخذه بخلاف المكاتب الحادية عشرة لو اكتسب العبد مالا قبل تعليق السيد فأداه بعده اليه عتق وان كان السيد يرجع بمثله على ما سيذكر بخلاف الكتابة لا يعتق بادائه لانه ملك المولى الا أن يكون كاتبه على نفسه وماله فانه حينئذ يصير به أحق من سيده فاذا أدى منه عتق (**قوله** ولو أدى البعض يجبر على القبول الا أنه لا يعتق) لان شرط العتق أداء الكل ولم يوجد كما لو حط عنه البعض وأدى الباقى فانه لا يعتق كما ذكرنا فى المسائل لعدم الشرط وانما يجبر على قبوله لانه بعض ما يجب عليه قبوله فكما يجب قبول الكل يجب قبول بعضه ولا خفاء فى ورود منع هذه الملازمة وذلك لان وجوب قبول الكل لان به يتحقق شرط العتق الذى هو حق العبد وليس أداء البعض كذلك الا اذا كان فى ضمن الكل فانه يجب قبوله باعتبار أنه محقق للكل لا باعتبار أنه بعضه فلذا كان فى هذه المسئلة خلاف وما ذكره المصنف هو المذكور فى الايضاح وذكر شيخ الاسلام أنه لا يجب قبوله كما ذكرنا وذكر فى شرح الطحاوى أن عدم وجوب قبوله قول أبى يوسف وأنه القياس والاستحسان هو أن يجبر على القبول كالمكاتب والاوجه وهو وجه الاستحسان أن وجوب قبوله البعض لدفع الضرر عن العبد لانه قد يعجز عن أداء الكل دفعة وما تحمل مشقة الاكتساب الا لذلك الغرض فلو وقفناه على تحصيل الكل ذهب تحمله كد سعيه خاليا عن غرضه ومما تقدم يعلم أن السيد لو خطفه منه قبل أن يأتيه به جاز ولا يحتسب له به من أداء المشروط (**قوله** ثم لو أدى ألفا اكتسبها قبل التعليق يعتق و يرجع المولى عليه) بمثلها أما العتق فلوجود الشرط وهو أداء الالف حتى يعتق لو كانت ألفا مغصوبة الا انه لا يجب عليه قبول المغصوبة وأما رجوع المولى بمثلها فلاستحقاقه اياها وهو المراد بقول المصنف لاستحقاقها اضافة المصدر الى المفعول وهو تعليل للرجوع وهذا لانها ملكه والعبد وان قلنا انه يملك ما اكتسبه عند الاداء ويصير عنده كالمكاتب لكن ذلك فيما اكتسبه بعد التعليق وهذا توجيه النظر فى الغرض وهو أن يعتقه باداء ألف يحدث حصولها له فيملك ما لم يكن مالكا له وتلك الالف ليست كذلك فيرجع بمثلها دفعا للضرر عن المولى (**قوله** ثم الاداء فى قوله ان أديت يقتصر على المجلس) فلو اختلف المجلس بأن قام العبد أو أعرض

(قوله وما ذكر فى مبسوط شيخ الاسلام الى قوله هو القياس) أقول فوجه القياس تضمن الجواب عن وجه الاستحسان فيكون الاخذ به أولى ثم قوله وما ذكر مبتدأ وخبره قوله هو القياس

بان الاذن يكون فى صورة اذا أديت أومتى أديت فان الاداء فيهما لايقتصر على المجلس ويجوز أن يقال لاتنافى بينهما لجواز أن يكون ماذونا بالتجارة ويقتصر الاداء على المجلس ويتجر فيه ويؤدى المال قبل الافتراق بالابدان (ومن قال لعبده أنت حر بعد موتى على ألف درهم فالقبول بعد الموت) لان هذا الكلام اضافة ايجاب حقيقة الحرية الى مابعد الموت وكل ماهو كذلك يقتضى أن يكون القبول بعد الموت لئلا يقع القبول قبل الايجاب (فصار كما اذا قال أنت حر غدا بألف درهم) لانه اضافة ايجاب حقيقة الحرية الى زمان والقبول متأخر اليه لئلا يقع قبل الايجاب (بخلاف ما اذا قال أنت مدبر على ألف درهم حيث يكون القبول اليه فى الحال لان ايجاب التدبير فى الحال) على ما يجىء فيكون القبول كذلك (الا أنه لايجب المال) مع قبوله (لقيام الرق) اذ التدبير يوجب حق الحرية لاحقيقتها فيكون الرق قائما والمولى لايستوجب دينا على عبده بخلاف مالو أعتقه على مال لانه يثبت به حقيقة الحرية والمال يجب على الحر والمولى قد يستوجب مالا على معتقه فان قيل لما لم يجب المال فى المدبر على الالف ما الفائدة فى تعليق التدبير بالقبول أجيب بأنها بيان أنه يقبل التعليق بالقبول كالطلاق والعتاق وان لم يجب المال

(ومن قال لعبده أنت حر بعد موتى على ألف درهم فالقبول بعد الموت) لاضافة الايجاب الى مابعد الموت فصار كما اذا قال أنت حر غدا بألف درهم بخلاف ما اذا قال أنت مدبر على ألف درهم حيث يكون القبول اليه فى الحال لان ايجاب التدبير فى الحال الا أنه لايجب المال لقيام الرق

أو أخذ فى عمل آخر ثم أدى لايعتق وهذا لانه تخيير محض اذ ليس فى كلامه مايدل على الوقت لان ان للشرط فقط بخلاف اذا ومتى لدلالتهما عليه لايتوقف ففى أى وقت أدى عتق وعن أبى يوسف أن ان بمنزلة اذا ومتى وقد يوجه بأن ان لما لم تدل على الوقت صار المعلق به الاداء فى مطلق الوقت فيتخير فيه كالامر المطلق عن الوقت يتخير فى أى وقت شاء ويجاب بأنه لما لم يدل على الوقت فانما يثبت مقتضى للفعل ووقت مجلس الايجاب حاضر متيقن فيتقيد به ولا يخفى أن معنى كونه ضرورة الفعل أن تحقيق الفعل بدونه لايمكن فلا يثبت مدلولا أصلا فانما يثبت للفعل وقت وجوده أى وقت وجد لايقال بالاداء يختلف المجلس فلا يتصور العتق بالاداء لانا نقول يجب أن يستثنى مقدار الحنث كما يستثنى مقدار البر فى حلفه لايلبس هذا الثوب وهو لابسه حتى لم يحنث بقدر شغله بنزعه فلا يتبدل المجلس بالاداء ﴿فرع﴾ قال ان أديتما الى ألفا فأنتما حران فأدى أحدهما حصته لم يعتق لان شرط العتق أداؤهما جميع المال وجملة الشرط تقابل جملة المشروط من غير انقسام الاجزاء على الاجزاء وانما الانقسام فى المعاوضات ولذا لو أدى أحدهما جميع الالف من عنده لم يعتق لان الشرط أداؤهما فلا يتم بأحدهما فان قال المؤدى خمسمائة من عندى وخمسمائة بعث بها صاحبى لأؤديها اليك عتقا لان أداء الرسول كاداء المرسل فتم الشرط وهو أداؤهما ولو أدى عنهما أجنبى لايعتقان لانه ليس أداءهما ولا ينتقل اليهما بخلاف الكتابة وللمؤدى أن يرجع على المولى لانه أدى ليعتقا ولم يحصل مقصوده فان قال أؤديها اليك على أنهما حران أو على أن تعتقهما فقبل على ذلك عتقا ويرجع المؤدى بالمال على السيد اما المعتق فلان قبول المولى على هذا الشرط بمنزلة الاعتاق منه لهما واما حق الرجوع فلان عوض العتق لايجب على الاجنبى ولو قال هما أمرانى أن أؤديها اليك فقبلها عتقا لانه رسول عنهما (قوله ومن قال أنت حر بعد موتى على ألف فالقبول بعد الموت لاضافة الايجاب الى مابعد الموت فصار كما اذا قال أنت حر غدا بألف) فان القبول محله الغد وهذا لان جواب الايجاب فى عقد المعاوضة وهو القبول انما يعتبر فى مجلسه ومجلسه وقت وجوده والاضافة تؤخر وجوده الى وجود المضاف اليه وهو هنا مابعد الموت ولو أمكنت اضافة فى البيع ونحوه وجب فيه أيضا كون قبول البيع يتأخر الى وقت وجود المضاف فيكون محل القبول ذلك بخلاف ما اذا قال أنت مدبر على ألف درهم حيث يكون القبول اليه فى الحال لانه ايجاب للتدبير فى الحال الا انه لايجب المال لقيام الرق فى المدبر ولا يستوجب المولى على عبده دينا صحيحا واذا عتق بعد الموت لايلزمه شئ لانه لما لم يجب عليه عند القبول لم يجب عليه بعده وعلى هذا لافائدة فى تعليقه بالقبول الا ليظهر اختيار التدبير من العبد كما لو قال ان اخترت التدبير فأنت مدبر وصار كما اذا علق تدبيره بدخوله الدار وأورد أن قوله أنت مدبر على ألف هو معنى أنت حر بعد موتى على ألف فينبغى أن يشترط فى مسئلة الكتاب القبول فى الحال أجيب بان مسئلة الكتاب تصرف يمين من السيد حتى لايمكن من الرجوع وفى الايمان يعتبر اللفظ وليس فى قوله أنت مدبر على ألف اضافة لفظا ليكون يمينا فلا يشترط القبول بعده وفى النهاية انما افترق وقت القبول فاعتبر فى الحال فى أنت مدبر على ألف لانه قابل الألف فى التدبير بحق الحرية وحق الحرية متحقق قبل الموت واعتبر بعد الموت فى أنت حر بعد موتى على ألف لانه قابلها بحقيقة الحرية وحقيقة الحرية بعد الموت فيعتبر القبول

(قوله أجيب بأن الاذن الى قوله لايقتصر على المجلس) أقول الاقتصار على صورة اذا ومتى لايلائم ظاهر تقرير المصنف فانه وضع المسئلة فى ان حيث قال وذلك مثل أن يقول ان أديت الخ

بعد الموت ولا يخفى أن التدبير ليس معناه الا الاعتاق المضاف الى ما بعد الموت وذلك هو الثابت فى كل من قوله أنت مدبر أو أنت حر بعد موتى بلا فرق بل المعنى واحد دل عليه بلفظ مفرد ومركب كلفظ الحد والمحدود من نحو انسان وحيوان ناطق ثم يثبت حق الحرية فرعا عن صحة تلك الاضافة التى هى التدبير لا أن حق الحرية هو معنى التدبير ابتداء فلم يتحقق الفرق واعلم انه روى عن أبى حنيفة فى نوادر بشر ابن الوليد اذا قال أنت مدبر على ألف ليس له القبول الساعة وله أن يبيعه فاذا مات المولى وهو فى ملكه وقال قبلت أداء الألف عتق فعلى هذا استوت المسئلتان فى أن القبول بعد الموت وروى عن أبى يوسف فيها ان لم يقبل حين قال له ذلك فليس له أن يقبل بعده وان قبل كان مدبرا وعليه الالف اذا مات السيد وعن أبى يوسف فى الاملاء اذا قال ان مت فأنت حر على ألف درهم القبول على حالة الحياة لا الوفاة فاذا قبل صح التدبير فاذا مات عتق ولا يلزمه المال لانه لا يلزمه وقت القبول لانه لا يعتق بالقبول فلا يلزمه وقت وقوع العتاق فسوى بين المسئلتين فى أن القبول حالة الحياة الا انه اختلف كلامه فيهما فى لزوم المال وذكر السرخسى عن ابن سماعة عن محمد لو قال أنت مدبر على ألف فالقبول بعد الموت ليعتق فيلزمه المال ومعلوم انه ذكر فى الجامع فى مسئلة أنت حر بعد موتى على ألف أن القبول بعد الموت فقد سوى بينهما فى هذه الرواية فى أن القبول بعد الموت كما سوى أبو حنيفة فيما ذكرنا عنه كذلك وحينئذ فما قيل انهم أجمعوا انه لو قال أنت حر على ألف بعد موتى فالقبول بعد الوفاة لا يصح اذ يجب أن يجعل قول أبى يوسف فى قوله اذا مت فأنت حر على ألف أن القبول فى حالة الحياة رواية فى أنت حر بعد موتى على ألف ان القبول فى حالة الحياة بل أولى لان هنالك الايجاب معلق صريحا بالموت ومع ذلك جعل القبول فى الحال وهنا هو بالموت مضاف ثم لا يخفى أن الاعدل هو لزوم المال على ما ذكرناه عن أبى يوسف ومحمد لان الظاهر من تعليقه بخصوص هذا الشرط ليس الا حصول المال عوضا عن العتق والا لقال ان اخترت التدبير فأنت مدبر وهذا لان المولى ما رضى بعتقه الا ببدل وتعليقه بقبول المال ظاهر فى ذلك ولا مانع شرعى منه اذ المولى يستحق على عبده المال اذا كان بسبب العتق كما فى المكاتب وان لم يستحق عليه بسبب غيره على آن المروى عن أبى يوسف ومحمد فى المسئلة انما هو استحقاق المال بعد موت السيد وحينئذ يكون حرا فالحاصل تأخر وجوب المال الى زمن حريته فلا يلزم ما ذكر من ثبوت الدين للسيد على عبده والله الموفق وأما وقوع العتق عند القبول فقال المصنف عن المشايخ لا يعتق ما لم يعتقه الورثة وزاد غيره أو الوصى أو القاضى ان امتنعوا الا أن الوارث يملك عتقه تنجيزا وتعليقا والوصى لا يملكه الا تنجيزا فلو قال ان دخلت الدار فأنت حر فدخل لا يعتق واذا أعتقه الوارث فولاؤه للميت لان عتقه يقع له ولذا لو أعتقه الوارث عن كفارة عليه لا يعتق وعلله بأن الميت ليس أهلا للاعتاق قال وهذا صحيح وكذا قال غيره واعترض بأن الاهلية ليست بشرط الا عند الاضافة والتعليق ولذا لو جن بعد التعليق ثم وجد الشرط وقع الطلاق المعلق والعتاق ولذا يعتق المدبر بعد الموت وليس التدبير الا تعليق العتق بالموت وأجيب بالفرق بين هذه المسئلة وتلك المسائل بأن هنالك الموجود بطلان أهلية المعلق فقط وهنا الثابت هذا وزيادة فى المحل وهو خروجه عن ملك المعلق الى ملك الورثة فلم يوجد الشرط الا وهو فى ملك غيره ولا يخفى أن هذا ليس دافعا للسؤال وهو أن ما علل به من فوات أهلية المعلق لا أثر له وما ذكر من خروج المحل عن محلية عتقه ان أراد المجيب انه جزء المانع فليس بصحيح للعلم بأن انتفاء أهلية المعلق ليس له أثر فى عدم الوقوع عند الشرط فصار الحاصل من الايراد أنه علل بما لا أثر له فأجاب المجيب بابداء علة أخرى أو مانع وقال هذا جواب هذا السؤال والصواب فى الجواب أن المصنف حيث علل بأن الميت ليس أهلا للاعتاق لم يبين أن عدم أهليته لذلك بسبب الموت أو غيره ومبنى السؤال على فهم انه الموت ويمكن كون مراده أنه ليس أهلا لاعتاقه لخروجه عن ملكه الى ملك الورثة فصار أجنبيا عنه وانما لزم خروجه

وقوله (قالوا) يعنى المشايخ (لايعتق فى مسئلة الكتاب) أى الجامع الصغير وهى قوله أنت حر بعد موتى على ألف درهم (وان قبل بعد الموت مالم يعتقه الوارث) أو الوصى أو القاضى (لان الميت ليس بأهل للاعتاق) فى ذلك الوقت قال المصنف (وهذا) أى قولهم لانه لا يعتق مالم يعتقه الوارث (صحيح) بناء على أنه ايجاب مضاف الى مابعد الموت وأهلية الموجب شرط عند الايجاب وقد عدمت بالموت بخلاف التدبير فانه ايجاب فى الحال والاهلية ثابتة والموت شرط والاهلية ليست بشرط عنده كما لو قال ان دخلت الدار فأنت حر فوجد الشرط وهو مجنون وقد فرق بين مسئلة الكتاب والتدبير بوجه آخر وهو أنه لما لم يعتق الا بالقبول بعد الموت لم يكن العتق معلقا بمطلق الموت وفى مثل هذا لايعتق الا باعتاق الوارث لانتقال العبد الى ملك الوارث قبل القبول كما لو قال أنت حر بعد موتى بشهر بخلاف المدبر لان عتقه تعلق بنفس الموت فلا يشترط اعتاق الوارث فان قيل أنت مدبر على ألف درهم معناه أنت حر بعد موتى على ألف فيكون كمسئلة الكتاب معنى فينبغى أن يكون الايجاب فى مسئلة الكتاب فى الحال حتى يشترط القبول أيضا فيه أجيب بان هذا يمين من جانب المولى حتى لايتمكن من الرجوع وفى الايمان يعتبر اللفظ وليس فى قوله أنت مدبر على ألف اضافة الحرية الى مابعد الموت لفظا فلا يشترط القبول بعده وفى مسئلة الكتاب أضاف الحرية الى مابعد الموت لفظا فيشترط القبول بعده قال (ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين) أى ومن قال لعبده أنت حر على أن تخدمنى أربع سنين (فقبل العبد عتق فلو مات من ساعته فعليه قيمة نفسه فى ماله عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد وهو قول أبى حنيفة الاول عليه قيمة خدمته أربع سنين

قالوا لايعتق عليه فى مسئلة الكتاب وان قبل بعد الموت مالم يعتقه الوارث لان الميت ليس بأهل للاعتاق وهذا صحيح قال (ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين فقبل العبد فعتق ثم مات من ساعته فعليه قيمة نفسه فى ماله عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد عليه قيمة خدمته أربع سنين)

الى ملكهم لانه لايعتق بمجرد الموت كالمدبر بل بعد القبول الكائن بعد الموت واذا تأخر العتق عن الموت ولو بساعة لايعتق الا بعتق الورثة وصار كما لو قال أنت حر بعد موتى بشهر فانه لايعتق الا بعتقهم وبهذا يندفع ما أورده شارح فقال ينبغى أن يعتق حكما الكلام صدر من الاهل فى المحل وان كان الميت ليس أهلا للاعتاق لما قلنا ان الكلام صدر فى حال أهليته ثم استدل على ذلك بأن القبول بعد الموت معتبر وهو فرع كون الايجاب معتبرا بعد الموت فلو لم يعتق بعد الموت الا باعتاق واحد من الورثة لم يبق معتبرا بعد الموت فلا يبقى فائدة لقوله فالقبول بعد الموت ولا يخفى أن بعد كون الكلام حين صدوره معتبرا يشترط أن يكون فى ملكه عند نزول العتق ثم نفى الفائدة ممنوع فان بالقبول يثبت لزوم العتق على الوارث فان لم يفعل أعتقه القاضى ولم يكن لولا القبول ذلك بل يباع ويورث فكيف يقال لافائدة له نعم يقال اذا كان العتق لابد منه فما السبب الى نقله الى ملكهم ثم أمرهم بالاعتاق ان كان بسبب انه لاسائبة فلو بقى فى ساعة القبول بلا ملكهم لزم السائبة فلم يبق على ملك الميت ويجعل مثل ماهو من حوائجه وهو نفاذ ايجابه وصحته ولهذا كان قبوله معتبرا فلامانع من أن يبقى على حكم ملك الميت مقدار مجلس العلم بموته لان القبول لايعتبر بعده بل يتقيد به وما تقدم من نوادر بشر من قول أبى حنيفة فاذا مات المولى وقال قبلت أداء الالف عتق ظاهر فى عدم تأخر عتقه الى عتق الوارث كما استدل بذلك الشارح أيضا مع أن فى المسئلة خلافا كما يفيده قول الصدر الشهيد حيث قال ومن المتأخرين من قال ينبغى أن لايعتق مالم يعتقه الورثة لان الاعتاق من الميت لايتصور ثم قال وهذا أصح فانه يفيد بعد ثبوت الخلاف ثم نقول العتق ماوقع الامن الحى لان العتق بقوله أنت حر المعلق أو المضاف الصادر منه حال حياته وان كان نزول أثره بعد موته الا أنه يبقى عليه اشكال هو لزوم أن يبقى على ملك الميت شهرا فيما اذا قال أنت حر بعد موتى بشهر اعتبارا لحاجته الى نفاذ ايجابه واعتباره وطول المدة وقصرها لاأثر له فان الموجب حاجته الى ماذكر وهى متحققة فيهما وسيأتى لبعضهم فرق فى الباب بعده (قوله ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين مثلا) أو أقل أو أكثر (فقبل العبد فعتق ثم مات المولى من ساعته فعليه) أى على العبد (قيمته عند أبى حنيفة فى قوله الآخر وهو قول أبى يوسف وفى قوله الاول وهو قول محمد عليه قيمة خدمة أربع سنين) أما العتق فلانه جعل الخدمة وهى معلومة اذ هى خدمة البيت المعتادة فى مدة معلومة عوضا فتعلق العتق بقبولها كما فى غيره من المعاوضات لانه صلح عوضا لان المنفعة أخذت حكم المال بالعقد ولذا صحت مهرا مع أنه تعالى أمر بابتغاء النكاح بالمال ثم اذا مات العبد أو المولى قبل حصول ما عقد عليه تحقق الخلاف المذكور وهو بناء على الخلاف فى مسئلة أخرى وهى ما اذا باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت أو هلكت قبل تسليمها يرجع عليه بقيمة نفسه عندهما وعند محمد بقيمة الجارية وكذا لو ردت بعيب فاحش فهو على هذا الخلاف وان كان غير فاحش فكذا عندهما وعند محمد لايقدر على ردها بالعيب اليسير ووجه البناء ظاهر وان ذكره فى الكتاب ولا يخفى أن بناء هذه على تلك ليس

(قوله أجيب بأن هذا يمين الخ) أقول التدبير ليس بيمين على ماسيجىء من المصنف الاشارة اليه ويفصله الشارح فى الدرس الآتى

أما العتق فلان الخدمة فى مدة معلومة جعلت عوضا عن العتق) وكل ما جعل عوضا عن العتق فالعتق يتعلق بقبوله لانه الحكم فى الاعواض كلها وقد وجد القبول فنزل العتق ولزمه خدمة أربع سنين لانه يصلح عوضا الحدوث حكم المالية بالعقد ولهذا صلحت صداقا مع أن الله تعالى شرع ابتغاء الابضاع بالاموال حيث قال تعالى وأحل لكم ماوراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم (فصار كما اذا أعتقه على ألف درهم ثم اذا مات العبد فالخلافية بناء على خلافية أخرى وهى أن من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية أو هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما (٤٣٠) وبقيمة الجارية عنده وهى) أى مسئلة بيع نفس العبد منه بالجارية اذا استحقت (معروفة) فى طريقة الخلاف وذكر فى الكتاب وجه البناء ولم يذكر وجه كل واحد من القولين ولا بأس بذكر ذلك وجه قول محمد أن الخدمة بدل ماليس بمال وهو العتق ولا قيمة للعتق وقد حصل العجز عن تسليم الخدمة بموته فوجب تسليم قيمتها ووجه قولهما أن الخدمة بدل مال لانها بدل نفس العبد لكن البدل لما تعذر تسليمه وجب تسليم المبدل وهو العبد لكن لا يمكن تسليمه لان العتق لا يقبل الفسخ فوجب تسليم قيمته لامكان ذلك هذا فى المبنى ولقائل أن يقول هذا مناقض لما قال المصنف فى أول الباب من أنه معاوضة مال بغير مال لان العبد لا يملك نفسه والجواب أن الاعتاق على مال معاوضة مال بغير مال من وجه لما ذكرنا وشابه بذلك النكاح والطلاق وغيرهما حتى صح بأى مال كان كما تقدم ومعاوضة مال بمال من وجه بالنظر الى مولاه وشابه بذلك بيع عبد بجارية فانه اذا مات العبد ووقع العقد على الجارية يلزمه قيمة العبد على ما نذكره وأما المبنى عليه فوجه محمد أن هذا بدل ماليس المتكلم بمال وهو العتق لان بيع العبد من نفسه اعتاق وقد عجز عن ايفاء البدل وليس للمبدل وهو العتق قيمة فيجب قيمة البدل ووجه قولهما ان الجارية بدل نفس العبد بالعتق فيجب تسليم قيمته كما اذا تبايعا عبدا بجارية ثم مات العبد فتفاسخا العقد على الجارية يلزمه قيمة العبد وقوله (وكذا بموت المولى) يعنى أن موت المولى فى هذه الصورة كموت العبد فصار نظير المسئلة فيكون الحكم فيهما سواء وقوله (ومن قال لآخر أعتق أمتك على ألف درهم على) لم يذكر فى بعض النسخ على اكتفاء بدلالة على على الوجوب وذكر فى بعضها التأكيد والمسئلة ظاهرة

أما العتق فلانه جعل الخدمة فى مدة معلومة عوضا فيتعلق العتق بالقبول وقد وجد ولزمه خدمة أربع سنين لانه يصلح عوضا فصار كما اذا أعتقه على ألف درهم ثم اذا مات العبد فالخلافية فيه بناء على خلافية أخرى وهى أن من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية أو هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهى معروفة ووجه البناء أنه كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول الى الخدمة بموت العبد وكذا بموت المولى فصار نظيرها (ومن قال لآخر أعتق أمتك على ألف درهم على أن تزوجنيها ففعل فأبت أن تتزوجه فالعتق جائز ولا شئ على الآمر) لان من قال لغيره أعتق عبدك على ألف درهم على ففعل لا يلزمه شئ ويقع العتق عن المأمور بخلاف ما اذا قال لغيره طلق امرأتك على ألف درهم على ففعل حيث يجب الالف على الآمر لان اشتراط البدل على الاجنبى فى الطلاق جائز وفى العتاق لا يجوز

بأولى من عكسه بل الخلاف فيهما معا ابتدائى ولم يقل أحد انه ترجع الورثة فى موت المولى بعين الخدمة قيل لان الناس يتفاوتون فى الاستخدام وقيل بل الخدمة هى المعتادة من خدمة البيت لكن لان الخدمة منفعة وهى لا تورث وجه قول محمد وهو قول الشافعى وزفر أن الجارية أو الخدمة جعلت بدل ماليس بمال وهو العتق وقد حصل العجز عن تسليم البدل ولا يمكن الفسخ اذ العتق لا يفسخ فتجب قيمته أو مثله لو كان مثليا وصار كما اذا تزوج على جارية أو خالع عليها أو صالح عن دم عمد ثم استحقت أو هلكت حيث يرجع بقيمة البدل اتفاقا ووجه قولهما أنها بدل ما هو مال وهو العبد وان كان لا يملك نفسه كما اذا اشترى عبدا أقر بحريته لا يملكه وهو معاوضة مال بمال لان العبد مال بالنسبة الى السيد حيث أخذ مالا فى مقابلة اخراجه مالا عن ملكه نعم هنا ملاحظة أخرى وهى اعتبار ما أخذ فى مقابلة ما به خرج المال عن ملكه وهو تلفظه بالاعتاق وهذا الاعتبار لا ينفى الامر الثابت فى نفس الامر وهو خروج مال عن ملكه بذلك العوض فصار كما اذا باع عبدا بجارية ثم استحقت انما يرجع بقيمة العبد بخلاف ما قيس عليه لانه مبادلة مال بما ليس بمال ولهذا لو شهدوا باسقاط القصاص وابطال ملك النكاح ثم رجعوا لا يضمنون الدية وقيمة البضع ولو شهدوا بالاعتاق ورجعوا ضمنوا ولو خدمه سنة مثلا ثم مات أحدهما أخذ بقيمة خدمته ثلاث سنين عند محمد وعندهما بقيمة ثلاثة ارباع رقبته وعلى هذه النسبة قس وعلى هذا لو أعتق ذمى عبده على خمر أو خنزير يعتق بالقبول فان أسلم أحدهما قبل قبضه فعندهما على العبد قيمة نفسه وعند محمد قيمة الخمر هذا فى المعاوضة أما لو كان قال ان خدمتنى أربع سنين أو سنة مثلا فخدم بعضها ثم مات أحدهما لا يعتق لعدم الشرط ويباع ان كان الميت المولى وكذا لو أعطاه مالا عوضا عن خدمته أو أبرأه المولى منها أو بعضها على ما تقدم وكذا لو قال ان خدمتنى وأولادى فمات بعضهم قبل استيفاء المدة يتعذر العتق (قوله ومن قال لآخر أعتق جاريتك على ألف درهم على أن تزوجنيها) وفى بعض النسخ زيادة لفظ على قبل على أن تزوجنيها وليس فى عامة النسخ وهى أدل منه على ايجاب المال على

وقوله (وقدقررناه من قبل) يعنى فى الخلع فى مسئلة خلع الأب ابنته الصغيرة على وجه الاشارة والفرق أن الأجنبى فى باب الطلاق كالمرأة فى عدم ثبوت شىء لهما بالطلاق إذ الثابت به سقوط ملك الزوج عنها لاغير فكما جاز التزام المرأة بالمال فكذلك الاجنبى بخلاف العتاق فانه يثبت للعبد بالاعتاق قوة حكمية لم تكن له قبل ذلك فكان المال فى مقابلة ذلك وليس الاجنبى كالعبد حيث لا يثبت به له شىء أصلا فكان اشتراط البدل عليه كاشتراط الثمن على غير المشترى فلا يجوز وقوله (ولو قال أعتق أمتك عنى بألف درهم والمسئلة بحالها) أى قال على أن تزوجنيها ففعل فأبت أن تتزوجه (قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما أصاب القيمة أداه الآمر وما أصاب المهر بطل عنه) والوجه ماذكره فى الكتاب وهو واضح وقوله (على ماعرف) يعنى فى أصول الفقه وفيه شبهتان احداهما أن هذا البيع فاسد لانه بيع بما يخصها من الالف لو قسم عليها وعلى منافع بضعها وهو فاسد ولانه ادخال صفقة النكاح فى صفقة البيع والبيع الفاسد لا يفيد الملك بدون القبض ولا ملك ههنا فيجب أن لا يقع العتق اذ لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والثانية أن البيع اذا كان فاسدا ويجب فيه العوض تجب قيمة المبيع كاملة والقول بما يخصه من الثمن انما هو موجب البيع الصحيح كما اذا جمع بين عبد ومدبر وبين عبده وعبد غيره فان البيع صحيح فى العبد بحصته من الثمن كما سيأتى وأجاب الامام شمس الأئمة السرخسى عن الاولى بأن الامة تنتفع بهذا الاعتاق فمن هذا الوجه تصير قابضة نفسها أدنى قبض وأدنى القبض يكفى فى البيع الفاسد كالقبض مع الشيوع فيما يحتمل القسمة والامام فخر الاسلام عن الثانية بان البيع مندرج فى الاعتاق فاخذ حكم الاعتاق فى عدم الفساد بالشرط فلم يبطل البيع بشرط النكاح فيجب القول بما يخصه من الثمن وقوله (فلو زوجت نفسها منه) يعنى فى المسئلتين (لم يذكره محمد) فى الجامع الصغير وجوابه ان ما أصاب قيمتها سقط فى الوجه الاول وهو ما اذا لم يقل فيه عنى لعدم صحة الضمان وهى للمولى فى الوجه الذى قال فيه عنى وما أصاب مهر مثلها كان مهر اللامة فى الوجهين

وقدقررناه من قبل (ولو قال أعتق أمتك عنى على ألف درهم والمسئلة بحالها قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما أصاب القيمة أداه الآمر وما أصاب المهر بطل عنه) لانه لما قال عنى تضمن الشراء اقتضاء على ماعرف واذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحا فانقسم عليهما ووجبت حصة ماسلم له وهو الرقبة وبطل عنه مالم يسلم وهو البضع فلو زوجت نفسها منه لم يذكره وجوابه أن ما أصاب قيمتها سقط فى الوجه الاول وهى للمولى فى الوجه الثانى وما أصاب مهر مثلها كان مهرا لها فى الوجهين

المتكلم وان كان كذلك مع تركها أيضا فاذا اعتق فاما أن تزوجه أو لا ولا يلزمها تزوجه لانها ملكت نفسها بالعتق فان لم تتزوجه لا يجب على الآمر شىء أصلا لان حاصل كلامه أمره المخاطب باعتاقه أمته وتزويجها منه على عوض ألف مشروطة عليها عنها وعن مهرها فلما لم تتزوجه بطلت عنه حصة المهر منها وأما حصة العتق فباطلة اذ لا يصح اشتراط بدل العتق على الاجنبى بخلاف الخلع لان الاجنبى فيه كالمرأة لم يحصل لها ملك مالم تكن تملكه بخلاف العتق فانه يثبت للعبد فيه قوة حكمية وهى ملك البيع والشراء والاجارة والتزويج والتزوج وغير ذلك من الشهادات والقضاء ولا يجب العوض الا على من حصل له المعوض وان تزوجته قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما أصاب قيمتها سقط منه وما أصاب مهرها وجب لها عليه فان استويا بان كان قيمتها مائة ومهرها مائة أو كان مهرها ألفا وقيمتها ألفا سقط عنه خمسمائة ووجب خمسمائة عليه وان تفاوتا بان كان قيمتها مائتين أو ألفين ومهرها مائة أو ألف سقط ستمائة وستة وستون وثلثان ووجب لها ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث وقوله وقدقررناه من قبل يعنى ماذكر فى خلع الأب ابنته الصغيرة حيث قال لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبى صحيح لكنه لم يذكر أن اشتراط بدل العتق على الاجنبى غير صحيح (قوله ولو قال أعتق أمتك عنى على ألف درهم) على أن تزوجنيها وهو معنى قوله والمسئلة بحالها ففعل أى أعتق قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها على مابيناه فما أصاب قيمتها أداه للمأمور وما أصاب المهر سقط عنه يعنى ان لم تكن زوجت نفسها منه وان زوجت نفسها وجب لها عليه وانما وجب للمأمور حصة قيمتها هنا لانه لما قال عنى تضمن الشراء اقتضاء على ماعرف فى الاصول والفروع لكنه ضم الى رقبتها تزويجها وقابل المجموع بعوض ألف فانقسمت عليهما بالحصة وكان هذا كمن جمع بين عبده ومدبره فى البيع بألف حيث يصح البيع وينقسم على قيمتهما فما أصاب قيمة المدبر سقط وما أصاب قيمة العبد وجب ثمنا بناء على دخول المدبر فى البيع لكونه مالا ثم خروجه باستحقاقه نفسه ومنافع البضع وان لم تكن مالا لكن أخذت حكم المال لانها متقومة حال الدخول وايراد العقد عليها فان قيل اذا لم يتحقق فساد هذا البيع من جهة جمع ماليس بمال الى ماهو مال فى صفقة واحدة ينبغى أن يفسد لانه ادخال صفقة فى صفقة واذا فسد وجب اما عدم

(قوله وقوله وقدقررناه من قبل الخ) أقول وقد سبق فى فصل ومن ملك ذا رحم محرم أنه حواله غير رابحة فراجع الى الشرح والاولى أن يجعل اشارة الى ماذكره فى الخلع والى ماذكره فى ذلك الفصل فانه بين صحة تحمل الاجنبى بدل الطلاق فى الخلع وعدم صحة تحمله بدل العتاق فى الفصل فتامل (قوله تصير قابضة نفسها الخ) أقول فاعتبر قبضها نفسها بالعتق قبضا للمولى وان ضعف

﴿ باب التدبير ﴾

(اذا قال المولى لمملوكه اذا مت فأنت حر أو أنت حر عن دبر منى أو أنت مدبر أو قد دبرتك فقد صار مدبرا) لان هذه الالفاظ صريح فى التدبير فانه اثبات العتق عن دبر

وقوع العتق لانه من جهة الآمر وهو لم يقبضها والمبيع فى البيع الفاسد لا يملك الا بالقبض فلا عتق فيما لم يملك واما وجوب كل القيمة للمأمور ان اعتبر قبضها نفسها بالعتق قبضا للمولى وان ضعف فيكتفى به لان القيمة حيث وجبت بالقبض فى البيع الفاسد وجبت كلها أجيب بأنه بيع صحيح والنكاح وقع مندرجا فى البيع ضمناله فلا يراعى من حيث هو مستقلا ولا يفسد به ولا يخفى أنه يمكن ادعاؤه فى كل صفقة فى صفقة فلا يتصور كونه من المفسدات وقول المصنف لم يذكره يعنى محمدا فى الجامع الصغير وقوله فى الوجه الاول يعنى الذى لم يذكر فيه لفظ عنى والوجه الثانى هو ما ذكر فيه وقوله فى الوجهين يعنى ما ذكر فيه عنى وما لم يذكر اذا زوجت نفسها وقد بيناه من قبل

﴿ باب التدبير ﴾

لما فرغ من بيان العتق الواقع فى حال الحياة شرع فى بيان العتق الواقع بعد الموت ووجه الترتيب ظاهر وهذا أحسن مما قيل فيه انه مقيد والمقيد مركب وهو بعد المفرد لان مسائل باب الحلف بالعتق كله كذلك فانها تقييد للعتق بشرط غير الموت كما أن التدبير تقييده بشرط الموت ولم يؤخرها الى ههنا ثم التدبير لغة النظر فى عواقب الامور وشرعا العتق الموقع بعد الموت فى المملوك معلقا بالموت مطلقا لفظا أو معنى وشرطه الملك فلا يصح تدبير المكاتب لانتفاء حقيقة الملك عنه فانه مالك يدا ولا معنى فى التحقيق لقولهم مالك يدا بل الواجب أن يقال ملكه متزلزل اذ لا شك فى أنه مالك شرعا لكنه بعرض أن يزول بتعجيزه نفسه وغاية الامر أن بعض آثار الملك منتف وهو لا يوجب نفى حقيقة الملك كملك الامة المجوسية والوثنية والبلوغ والعقل فلا يصح تدبير الصبى والمجنون وفى المبسوط فأما السكران والمكره فتدبيرهما جائز عندنا كاعتاقهما ولو قال العبد أو المكاتب اذا أعتقت فكل مملوك أملكه حر فعتق فملك مملوكا عتق لانه مخاطب له قول معتبر وقد أضاف العتق الى ما بعد حقيقة الملك له فيصح ويكون عند وجود الملك كالمنجز له بخلاف ما لو قال كل مملوك أملكه الى خمسين سنة فهو حر فعتق قبل ذلك فملك لا يعتق عند أبى حنيفة وقالا يعتق وما ذكرنا من اشتراط البلوغ والعقل هو فى تدبير المالك أما الوكيل فلا فى المبسوط لو قال لصبى أو مجنون دبر عبدى ان شئت فدبره جاز وهذا على المجلس لتصريحه بالمشيئة ونظيره فى العتق والطلاق واذ قد انجر الكلام الى الوكالة فهذا فرع منه قال لرجلين دبرا عبدى فدبره أحدهما جاز ولو جعل أمره فى التدبير اليهما بأن قال جعلت امره اليكما فى تدبيره فدبره أحدهما لا يجوز لانه ملكهما هذا التصرف فلا ينفرد به أحدهما بخلاف الاول لانه جعلهما معبرين عنه وعبارة الواحد وعبارة المثنى سواء ألا ترى أن له أن ينهاهما قبل أن يدبراه فى هذا الفصل وليس له ذلك فى جعل الامر اليهما كذا فى المبسوط (**قوله اذا قال المولى لمملوكه** اذا مت فأنت حر أو أنت حر عن دبر منى أو أنت مدبر أو قد دبرتك صار مدبرا) لان هذه الالفاظ صريح فى التدبير فانه أى التدبير اثبات العتق عن دبر وهذه تفيد ذلك بالوضع فأفاد أن كل ما أفاد اثباته عن دبر كذلك فهو صريح وهو ثلاثة أقسام الاول ما يكون بلفظ اضافة كبعض ما ذكرنا ومنه حررتك أو أعتقتك أو أنت حر أو محرر أو عتيق أو معتق بعد موتى والثانى ما يكون بلفظ التعليق كان مت أو اذا مت أو متى مت أو حدث بى حدث أو حادث فأنت حر وتعورف الحدث والحادث فى الموت وكذا أنت حر مع موتى أو فى موتى فانه تعليق العتق بالموت بناء على أن مع وفى تستعار فى معنى حرف الشرط وروى هشام عن محمد اذا قال أنت مدبر بعد موتى يصير مدبرا فى الحال لان المدبر اسم لمن يعتق عن دبر موته وكان

﴿ باب التدبير ﴾

ذكر الاعتاق الواقع بعد الموت عقيب الاعتاق الواقع فى الحياة ظاهر المناسبة والتدبير فى اللغة هو النظر الى عاقبة الامر وفى الشريعة هو ايجاب العتق الحاصل بعد موت الانسان بألفاظ تدل عليه صريحا كقوله دبرتك أو أنت مدبر أو دلالة كقوله اذا مت فأنت حر أو أنت حر مع موتى أو فى موتى وكقوله أوصيت لك بنفسك أو برقبتك أو بعتقك أو بثلث مالى وحكم التدبير

﴿ باب التدبير ﴾

قال المصنف (لان هذه الالفاظ صريح) أقول يعنى غير الاول أو غلب الصريح على غيره

(ثم لا يجوز بيعه ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية) كما فى الكتابة

هذا وأنت حر بعد موتى سواء وكذا أعتقتك أو حررتك بعد موتى والثالث ما يكون بلفظ الوصية كأوصيت لك برقبتك أو بنفسك أو بعتقك وكذا اذا قال أوصيت لك بثلث مالى فتدخل رقبته لانها من ماله فيعتق ثلث رقبته وفى الكافى أنت حر أو مدبر أو عتيق يوم يموت يصير مدبرا والمراد باليوم الوقت لانه قرن به ما لا يمتد ولو نوى النهار فقط لا يكون مدبرا مطلقا لجواز أن يموت ليلا يعنى فيجوز بيعه فان لم يبعه حتى مات عتق كالمدبر وانما كانت صرائح لانها المستعملات فى الشرع كذلك قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فى أم الولد فهى معتقة عن دبر منه ذكره فى المبسوط ثم تورثت بلا شبهة فى هذا المعنى ولو قال أنت حر بعد موتى وموت فلان فليس بمدبر مطلق لانه لم يتعلق عتقه بموته مطلقا فان مات المولى قبل فلان لم يعتق لان الشرط لم يتم فصار ميراثا للورثة وكان لهم أن يبيعوه وان مات فلان أولا يصير مدبرا مطلقا فليس له أن يبيعه خلافا لزفر لانه كما لو قال اذا كلمت فلانا فأنت حر بعد موتى فكلمه أو قال أنت حر بعد كلامك فلانا وبعد موتى فاذا كلم فلانا صار مدبرا ولو قال بعد موتى ان شئت ينوى فيه فان نوى المشيئة الساعة فشاء العبد ساعته فهو حر بعد موته من الثلث لوجود شرط التدبير فيصير مدبرا وان نوى المشيئة بعد الموت فاذا مات المولى فشاء العبد عند موته فهو حر بوجود الشرط لا باعتبار التدبير وكان الشيخ أبو بكر الرازى يقول الصحيح أنه لا يعتق هنا الا باعتاق من الورثة أو الوصى عثل ما تقدم فى الباب المتقدم من أنه لما لم يعتق بنفس الموت صار ميراثا فلا يعتق بعده الا باعتاق منهم ويكون هذا وصية يحتاج الى تنفيذها كما لو قال أعتقوه بعد موتى ان شاء وهو نظير ما لو قال أنت حر بعد موتى بشهر فانه لا يعتق الا باعتاق منهم بعد الشهر نص عليه ابن سماعة فى نوادره وكذا بيوم وفى الاسبيجابى اذا لم يعتق الا باعتاق الوارث أو الوصى فللوارث أن يعتقه تنجيزا أو تعليقا والوصى لا يملكه الا تنجيزا ولو أعتقه عن كفارته عتق عن الميت دون الكفارة والذى ينبغى أن يفصل فى التعليق فان علقه بشرط من جهة نفسه ثم لم يفعله أو يمضى زمان طويل أو على فعل العبد وهو مما يتعذر عليه أو يتعسر لا يلزم العبد توقفه عليه بل ان شاء رفع الى القاضى لينجز عتقه ثم فى ظاهر الجواب يعتبر وجود المشيئة من العبد فى مجلس موته أو علمه بموته كما يتقيد بهذا مشيئته فى حياته بمجلس التفويض اليه اذا كان بهذا اللفظ وعن أبى يوسف لا يتوقف به لأنه فى معنى الوصية ولا يشترط فى الوصية القبول فى المجلس وفى الاصل لو قال بعد موتى بيوم لم يكن مدبرا وله أن يبيعه لانه ما علقه بمطلق الموت بل بمضى يوم بعده فان مات لم يعتق فى الوقت الذى سمى حتى يعتقه الورثة وهذا يؤيد ما ذكر أبو بكر الرازى ومن المشايخ من فرق بين هذه وبين الاولى فقال اذا أخر العتق عن موته بزمان ممتد بيوم أو شهر وتقرر ملك الوارث فى ذلك الزمان عرفنا أن مراده الامر باعتاقه فلا يعتق ما لم يعتقوه وأما فى مسئلة المشيئة فانها اتصل مشيئة العبد بموت المولى قبل تقرر الملك للوارث فيعتق باعتاق المولى ولا تدعو حاجة الى اعتاق الوارث وهذا ان تم أشكل على ما تقدم فى مسئلة أنت حر بعد موتى بألف فان زمن القبول كزمن المشيئة فانه يجب أن يوصل بموت المولى أو بعلمه بموته لا يقال ينبغى أن يجعل العبد فى هذه المسئلة وتلك باقيا على حكم ملك الميت لحاجته الى نفاذ ايجابه وثبوت اعتباره شرعا وما قدمناه من أن القبول غير معلوم يدفع بأنه وان كان كذلك لكنه متوقع وعلى تقدير وجوده يلزم اخراجه عن ملكهم بعد الدخول واستصحاب الملك الاول أسهل من رفعه ثم ادخاله فى ملك شخص ثم اخراجه عنه فوجب أن يبقى لحاجته ثم لا شك أن هذه المسئلة أقرب لان العتق هنا يقع مجانا فوجب عتقه من جهة المولى لانا نقول لو صح ذلك لزم فى أنت حر بعد موتى بيوم عدم توقفه بل أولى لان مجىء اليوم بعده معلوم غير مشكوك وهى من مواضع النص على أنه لا يعتق الا باعتاقهم (قوله ثم لا يجوز بيعه) أى المدبر المطلق وهو الذى علق

أنه لا يجوز اخراجه عن ملكه الا الى الحرية كما فى الكتابة فاذا مات وهو يخرج من الثلث عتق وان لم يخرج عتق ثلثه وسعى فى ثلثيه

وقال الشافعي يجوز لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات وكما في المدبر المقيد ولان التدبير وصية وهي غير مانعة من ذلك ولنا قوله صلى الله عليه وسلم المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث ولانه سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت ولا سبب غيره

عتقه بمطلق موت المولى ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية بلا بدل أو ببدل كتابة أو عتق على مال وما سواه من التصرفات التي لا تبطل حقه في الحرية يجوز فيجوز استخدامه واجارته وأخذ أجرته وتزويج المدبرة ووطؤها وأخذ مهرها وأرش جنايتها وعلله المصنف فيما يأتي بقوله لان الملك فيه ثابت وبه تستفاد ولانه هذه التصرفات وانما لم يكن له أن رهنه لفوات شرط عقد الرهن وهو ثبوت يد الاستيفاء من مالية المرهون بطريق البيع ولا مالية للمدبر كام الولد وليس على المولى في جنايات المدبر الا قيمة واحدة لانه ما منع الا رقبة واحدة وأما ما استهلكه فدين في رقبته يسعى فيه وعرف من هذا أن ليس للمولى دفعه بالجناية الموجبة للارش وفي الجناية على المدبر ما في الجناية على المماليك لانه مملوك بعد التدبير واستشكل على عدم جواز بيع المعلق عتقه بمطلق موت المولى ما اذا قال كل مملوك أملكه فهو حر بعد موتي وله مماليك واشترى مماليك ثم مات فانهم يعتقون فكان عتقهم معلقا بمطلق موت السيد ثم انه لو باع الذين اشتراهم صح ولم يدخلوا تحت الوصية بالعتق الا عند الموت أجيب بأن الوصية بالنسبة الى المعدوم تعتبر يوم الموت وبالنسبة الى الموجود عند الايجاب حتى لو أوصى لولد فلان وله ثلاثة أولاد فمات واحد منهم بطل ثلث الوصية لانه تناولتهم بعينهم فبطل بموت أحدهم حصته ولو لم يكن له ولد فولد له ثلاثة أولاد ثم مات أحدهم ثم مات الموصي كان الكل للاثنين لان الثالث لم يدخل في الوصية لكونهم معدومين عند الايجاب فتناولت من يكون موجودا عند الموت (قوله وقال الشافعي يجوز بيعه وهبته) للمنقول والمعنى أما المنقول فما في الصحيحين من حديث جابر أن رجلا أعتق غلاما له عن دبر لم يكن له مال غيره فباعه النبي صلى الله عليه وسلم بثمانمائة درهم ثم أرسل بثمنه اليه وفي لفظ أعتق رجل من الانصار غلاما له عن دبر وكان محتاجا وكان عليه دين فباعه رسول الله صلى الله عليه وسلم بثمانمائة درهم فأعطاه فقال اقض دينك وأنفق على عيالك ولحديث جابر هذا ألفاظ كثيرة وروى أبو حنيفة بسنده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم باع المدبر وفي موطأ مالك بسنده الى عائشة أنها مرضت فتطاول مرضها فذهب بنو أخيها الى رجل فذكروا له مرضها فقال انكم تخبروني عن امرأة مطبوبة قال فذهبوا ينظرون فاذا جارية لها سحرتها وكانت قد دبرتها فدعتها ثم سألتها ماذا أردت قالت أردت أن تموتي حتى أعتق قالت فان لله علي أن تباعي من أشد العرب ملكة فباعتها وأمرت بثمنها فجعل في مثلها ورواه الحاكم وقال على شرط الشيخين والجواب انه لا شك أن الحر كان يباع في ابتداء الاسلام على ما روي أنه صلى الله عليه وسلم باع رجلا يقال له سرق في دينه ثم نسخ ذلك بقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ذكره في الناسخ والمنسوخ فلم يكن فيه دلالة على جواز بيعه الآن بعد النسخ وانما يفيده استصحاب ما كان ثابتا من جواز بيعه قبل التدبير اذ لم يوجب التدبير زوال الرق عنه ثم رأينا أنه صح عن ابن عمر رضي الله عنهما لا يباع المدبر ولا يوهب وهو حر من ثلث المال وقد رفعه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لكن ضعف الدارقطني رفعه وصحح وقفه وأخرج الدارقطني أيضا عن علي بن ظبيان بسنده عن ابن عمر قال المدبر من الثلث وضعف ابن ظبيان والحاصل أن وقفه صحيح وضعف رفعه فعلى تقدير الرفع لا اشكال وعلى تقدير الوقف فقول الصحابي حينئذ لا يعارضه النص البتة لانه واقعة حال لا عموم لها وانما يعارضه لو قال صلى الله عليه وسلم يباع المدبر فان قلنا بوجوب تقليده فظاهر وعلى عدم تقليده يجب أن يحمل على السماع لان منع بيعه على خلاف القياس لما ذكرنا أن بيعه مستصحب برقه فمنعه مع عدم زوال الرق وعدم

(وقال الشافعي يجوز بيعه وهبته لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات) من دخول الدار ومجيء رأس الشهر وغيرهما (وكما في المدبر المقيد فان ذلك جائز فيه بلا خلاف (ولان التدبير وصية) حتى يعتبر من ثلث المال والوصية لا تمنع الموصي من التصرف بالبيع وغيره كما لو أوصى برقبته لانسان (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث) رواه نافع عن ابن عمر (ولانه) أي التدبير (سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت) فلا بد له من سبب (ولا سبب غيره) ثم اما أن يكون سببا في الحال أو بعد الموت لا جائز أن يكون بعد الموت لانه حال بطلان الاهلية فلا يمكن تأخير السببية اليه ولانه في الحال موجود وبعد الموت معدوم لكون كلامه عرضا لا يبقى فتعين أن يكون سببا في الحال واعترض على المصنف بأن هذا الكلام مناقض لما ذكر في آخر باب العبد يعتق بعضه حيث قال وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت

قال المصنف (وكما في المدبر المقيد) أقول سيجيء جوابه بعد اثني عشر سطرا تخمينا (قوله ثم اما أن يكون الخ) أقول غير ترتيب المصنف فقدم المؤخر وأخر المقدم

وأقول قوله (ثم جعله سببا في الحال أولى) يدل على أن جعله سببا في الحال وإن كان المذهب عند أصحابنا ليس بمتعين فيحمل ما ذكره هنالك على غير الأولى فيندفع التناقض ويكون قد اطلع على رواية من أصحابنا أنه يجوز أن يكون سببا بعد الموت أو اختار جوازه باجتهاده وجعل ما ذهب إليه الأصحاب أولى فإن قيل في التدبير تعليق وليس في التعليق شيء من السبب ثابتا في الحال وإنما يكون عند وجود الشرط فما بال التدبير خالف سائر التعليقات وهو مؤدى قول الشافعي كما في سائر التعليقات أجاب بقوله بخلاف سائر التعليقات لأن المانع من السببية قائم فيه قبل الشرط واعلم أن في كلام المصنف غموضا لا ينكشف على وجه التحصيل إلا بزيادة بيان فلا بد منه فنقول المانع هو ما ينتفي به الشيء مع قيام مقتضيه وكل ما ينافي اللازم ينافي الملزوم وإذا ظهر هذا قلنا القياس يقتضي أن تكون سائر التعليقات أسبابا في الحال لكن المانع عن السببية في الحال وهو صفة كون تصرف التعليق يمينا قائم لأن اليمين مانع عن تحقق الشرط اللازم للحكم فإن المقصود من اليمين هو المنع من تحقق الشرط وما كان مانعا عن تحقق اللازم الذي هو الشرط كان مانعا عن تحقق الملزوم الذي هو الحكم وهو وقوع الطلاق وإليه أشار بقوله وأنه يضاد وقوع الطلاق والعتاق وما كان مانعا للحكم لا يمكن أن يكون سببا له فصفة كون تصرف التعليق يمينا تمنع عن كونه سببا للحكم وهو الطلاق والعتاق فإن قلت قد يكون اليمين يعقد للحمل كما في قول الرجل إن لم تدخلي الدار فأنت طالق وقد نص في الكتب أن اليمين تعقد للمنع أو الحمل فكيف قال والمنع هو المقصود وأنه يقتضي الحصر عند البلغاء قلت لا يقصد باليمين إلا منع الشرط والشرط فيما ذكرتم هو النفي والمقصود هو المنع منه ويلزمه الحمل فإن قلت التدبير يمين أو ليس بيمين فإن كان يمينا وجب أن لا يكون سببا لقيام المانع على ما قررتم وإن لم يكن يمينا لم يستقم قوله

بخلاف سائر التعليقات إذ السائر بمعنى الباقي قلت ليس بيمين لتعلق عتقه بأمر كائن واستقامة إطلاق سائر التعليقات بطريق المشاكلة أن لم يكن اليمين أخص من التعليق وورد عليه أنت طالق إذا جاء غد فإنه تعليق بأمر كائن وليس بسبب في الحال والجواب أنه إضافة لا تعليق وقوله (وأمكن تأخير السببية إلى زمان الشرط) لقيام الأهلية فرق آخر بين التدبير وسائر التعليقات ووجهه أن التدبير لا يمكن فيه تأخير السببية إلى ما بعد الموت لما ذكرنا من انتفاء أهلية الإيجاب حينئذ وأما سائر التعليقات فتأخير السببية فيها إلى زمان الشرط ممكن لقيام الأهلية عنده فافترقا واعترض بأن قيام الأهلية ليس بشرط عند وجود الشرط كمن علق طلاقها وهو صحيح ثم جن عند وجود الشرط كما تقدم والجواب أن قيام أهليته ليس بشرط عند وجود الشرط إذا لم يكن التعليق ابتداء بحال بطلان الأهلية كما ذكرتم في صورة المجنون وأما إذا كان فلا نسلم أن الأهلية إذ ذاك غير شرط

ثم جعله سببا في الحال أولى لوجوده في الحال وعدمه بعد الموت ولأن ما بعد الموت حال بطلان أهلية التصرف فلا يمكن تأخير السببية إلى زمان بطلان الأهلية بخلاف سائر التعليقات لأن المانع من السببية قائم قبل الشرط لأنه يمين واليمين مانع والمنع هو المقصود وأنه يضاد وقوع الطلاق والعتاق وأمكن تأخير السببية إلى زمان الشرط لقيام الأهلية عنده فافترقا

الاختلاط بجزء المولى كما في أم الولد خلاف القياس فيحمل على السماع فبطل ما قيل حديث ابن عمر رضي الله عنه لا يصلح لمعارضة حديث جابر وأيضا ثبت عن أبي جعفر أنه ذكر عنده أن عطاء وطاوسا يقولان عن جابر في الذي أعتقه مولاه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عتقه عن دبر فأمره أن يبيعه فيقضي دينه الحديث فقال أبو جعفر شهدت الحديث عن جابر إنما أذن في بيع خدمته رواه الدارقطني عن عبد الغفار بن القاسم الكوفي عن أبي جعفر وقال أبو جعفر هذا وإن كان من الثقات الأثبات ولكن حديثه هذا مرسل وقال ابن القطان هو مرسل صحيح لأنه من رواية عبد الملك ابن أبي سليمان العرزمي وهو ثقة عن أبي جعفر انتهى فلو تم تضعيف عبد الغفار لم يضر لكن الحق عدمه وإن كان متشيعا فقد صرح أبو جعفر وهو محمد الباقر الإمام بن علي زين العابدين بأنه شهد

(قوله وأقول قوله ثم جعله الخ) أقول أنت خبير بأن المعتبر ما ساق إليه الدليل لا دلالة اللفظ والدليل يدل على التعيين فيجب حمل الأولوية على الوجوب ألا ترى إلى قوله فلا يمكن تأخير سببية إلى زمان بطلان الأهلية ولعله إنما قال أولى ولم يقل يجب لئلا ينتقض الدليل الأول بسائر التعليقات فليتأمل فيكون هذا الكلام من المصنف متضمنا للاعتراف بعدم تمام ما قرره في الفرق بين أم الولد والمدبر وفيه ما لا يخفى (قوله إذ السائر بمعنى الباقي) أقول ولك أن تقول في باب عتق البعض السائر هنا بمعنى الجميع صرح بمجيئه بهذا المعنى الجوهري (قوله والجواب أنه إضافة لا تعليق) أقول وكذا أنت حر مع موتي أو في موتي أو إذا مت وجوابه أنه لما كان إضافة إلى الموت كان في حكم المعلق به فأخذ حكمه فإن ما بعد الموت حال بطلان الأهلية بقي الكلام في أنه لم لا يكون هذا الكلام سببا حال وجوده مع أنه أولى على ما دل عليه الدليل الأول (قوله فرق آخر بين التدبير الخ) أقول صرح في كتب الأصول في مواضع عديدة من جملتها فصل مفهوم المخالفة من التلويح أن الإضافات أسباب في الحال فينتقض الدليل بها

وقوله (ولانه وصية والوصية خلافة فى الحال) فرق آخر بينهما وتقريره التدبير المطلق وصية والوصية سبب الخلافة فى الحال لان الموصى يجعل الموصى له خلفا فى بعض ماله بعد موته كالوراثة فانها سبب خلافة فى الحال واعترض بأنه لو كان وصية لبطل اذا قتل المدبر سيده لان الوصية للقاتل لا تجوز وان كان الجرح قبلها أو بعدها ولجاز البيع لان الموصى يجوز له بيع الموصى به ويكون رجوعا عن الوصية وليس الامر كذلك والجواب عنهما جميعا أن ذلك فى وصية لم تكن على وجه التعليق لانها الوصية المطلقة والتدبير ليس كذلك ووجه اختصاص ذلك أن بطلان الوصية بالقتل وجواز البيع وكونه رجوعا انما يصح فى موصى به يقبل الفسخ والبطلان والتدبير لكونه اعتاقا لا يقبل ذلك وقوله (وابطال السبب لا يجوز) تتمة الدليل متصل بقوله ولانه سبب الحرية وما بينهما لاثبات هذه القضية وتركيب المقدمتين هكذا التدبير سبب الحرية وسبب الحرية لا يجوز ابطاله وفى البيع وما يشابهه من الهبة والصدقة والامهار ذلك أى ابطال سبب الحرية فلا يجوز قال (وللمولى أن يستخدمه ويؤاجره) التدبير لا يثبت الحرية فى الحال وانما يثبت استحقاق الحرية فكان الملك فيه ثابتا ولهذا لو قال كل مملوك لى فهو حر دخل فيه المدبر واذا كان كذلك فللمولى أن يستخدمه ويؤاجره وان كانت أمة وطئها وله أن يزوجها لان ولاية هذه التصرفات بالملك وهو ثابت

لما

ولانه وصية والوصية خلافة فى الحال كالوراثة وابطال السبب لا يجوز وفى البيع وما يضاهيه ذلك قال (وللمولى أن يستخدمه ويؤاجره وان كانت أمة وطئها وله أن يزوجها) لان الملك فيه ثابت له وبه تستفاد ولاية هذه التصرفات

حديث جابر وأنه انما أذن فى بيع منافعه ولا يمكن لثقة امام ذلك الا بعلمه بذلك من جابر راوى الحديث وقال ابن العز قول من قال يحمل الحديث على المدبر المقيد أو أن المراد أنه باع خدمة العبد من باب دفع الصائل لانه لما اعتقد أن التدبير عقد لازم سعى فى تأويل ما يخالف اعتقاده من السنة على خلاف تأويله والنص مطلق فيجب العمل به الا لمعارضة نص آخر يمنع من العمل باطلاقه وأنت اذا علمت أن الحر كان يباع للدين ثم نسخ وأن قوله فى الحديث باع مدبرا ليس الا حكاية الراوى فعلا جزئيا لا عموم لها وان قوله أعتق عن دبر أو دبرا أعم من المطلق والمقيد اذ يصدق على الذى دبر مقيدا أنه أعتق عن دبر منه وأن ما عن ابن عمر موقوف صحيح وحديث أبى جعفر مرسل تابعى ثقة وقد أقمنا الدلالات على وجوب العمل بالمرسل بل وتقديمه على المسند بعد أنه قول جمهور السلف علمت قطعا أن المرسل حجة موجبة بل سالمة عن المعارض وكذا قول ابن عمر ان لم يصح رفعه يعضده ولا يعارضه المروى عن عائشة رضى الله عنها الجواز كون تدبيرها كان مقيدا ولانه أيضا واقعة حال لا عموم لها فلم يتناول حديث جابر وعائشة رضى الله عنهما محل النزاع البتة فكيف وقد وجب حمله على السماع بما ذكرنا فظهر لك تحامله أو غلطه وأما المعنى الذى أبطل به الشافعى منع بيعه فما ذكر فى الكتاب من قوله لانه تعليق العتق بالشرط وبه لا يمتنع البيع كما فى سائر التعليقات بسائر الشروط غير الموت وكذا ان اعتبر جهة كونه وصية فان الرجوع عن الوصية وبيع الموصى به جائز فظهر أنه على اعتبار شبهى التعليق والوصية لا يمتنع بيعه وقد قدم المصنف من قريب قوله وعلى هذا أى اعمال الشبهين يدور الفقه وجوابه ما ذكر المصنف بقوله ولانه سبب الحرية لانها تثبت بعد الموت ولا ثبوت الا بسبب ولا سبب غيره أى غير قوله أنت حر المعلق فى اذا مت أو المضاف فى بعد موتى فاما أن يجعل سببا فى الحال أو بعد الموت وجعله سببا فى الحال أولى لانه حال وجوده بخلاف ما بعد الموت فانه معدوم انما له ثبوت حكمى فاضافة السببية اليه حال وجوده أولى فهذا وجه أولوية السببية فى الحال ووجه آخر يوجب عدم امكان غيره وهو قوله ولان ما بعد الموت الخ يعنى لا بد لثبوت الملك وزواله من ثبوت الاهلية لهما والموت يبطلها بخلاف الجنون لان المجنون أهل لثبوت ملكه كما اذا مات مورثه أو وهب له وقبل وليه وزواله كما لو أتلف شيأ فانه يؤخذ ضمانه من ماله فيزول ملكه عنه ولو ارتد أبواه ولحقا بدار الحرب بانت امرأته فلذا لم تشترط الاهلية بالعقل عند وجود الشرط ليزول الحكم لان ذلك شرط لابتداء التصرف لا لمجرد زوال الملك والمجنون أهل لذلك بخلاف الموت فانه سالب لاهلية الامرين فامتنع أن يجعل قوله المذكور حال حياته سببا بعد موته فلزمت سببيته فى الحال والا انتفت لكنها لم تنتف شرعا ولان سائر التعليقات فيها مانع من كون المعلق سببا فى الحال لانها أيمان واليمين فى مثله تعقد للمنع كما قد تعقد للحمل فالمنع من وقوع الطلاق والعتاق هو المقصود فيها لانها تعقد للبر وأنه يضاد وقوعهما ووقوعهما هو المقصود فى التعليق الذى هو التدبير فلزم من كلامه أن التعليق منه ما ليس بيمين وهو التدبير بلفظ التعليق ومنه ما هو يمين فلا يمكن سببية المعلق قبل الشرط

(قوله والجواب عنهما جميعا أن ذلك فى وصية لم تكن على وجه التعليق الخ) أقول أنت خبير بأن عامة الوصايا على سبيل التعليق مع أنه يجوز الرجوع عنها وتبطل بالقتل (قوله والتدبير لكونه اعتاقا لا يقبل ذلك) أقول فيه ما لا يخفى من عدم ظهور وجه امتناع البيع فان التدبير ليس اعتاقا فى الحال وكونه اعتاقا فى المآل مسلم لكن هل يمتنع به البيع أو لا هو محل النزاع

(فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله) لما روينا ولان التدبير وصية لانه تبرع مضاف الى وقت الموت والحكم غير ثابت فى الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى فى ثلثيه وان كان على المولى دين يسعى فى كل قيمته لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض العتق فيجب رد قيمته (وولد المدبرة مدبر) وعلى ذلك نقل اجماع الصحابة رضى الله عنهم .

لما ذكرنا وأمكن فى التدبير اذ ليس فيه معنى اليمين فلزمت سببيته فى الحال واذا انعقدت سببية العتق فى الحال يتحقق ثبوت حق العتق له وهو ملحق بحقيقته فلا يقبل الفسخ ولا شك أنه يرد عليه النقض بما اذا قال اذا جاء غد فأنت حر فانه لما علق بأمر كائن البتة لزم أن المراد ثبوت المعلق فيه لا منعه فلم يكن عينا فانتفى مانع السببية فى الحال فينعقد فيه فيلزم أن لا يجوز بيعه قبل الغد وهو منتف وهذا الاشكال لا يندفع عن هذا الوجه بمنع كونه كائنا لا محالة لجواز قيام القيامة قبل الغد فانما يستقيم اذا كان التعليق بمجىء الغد بعد وجود أشراط الساعة من خروج الدجال ونزول عيسى عليه السلام وغيرهما أما قبل ذلك فليس بصحيح والجواب بأن الكلام فى الاغلب فيلحق الفرد النادر به اعتراف بالايراد على أن كون التعليق بمثل مجىء الغد ورأس الشهر نادر غير صحيح وأجيب أيضا بما هو حاصل الوجه الثانى وهو أن التعليق الذى هو التدبير وصية والوصية خلافة فى الحال كالوراثة ويرد عليه أنه يجوز الرجوع عن الوصية وهذا وارد على عبارته الا بعناية وهو أن المراد بقوله والوصية خلافة أى الوصية المذكورة وهى الوصية له برقبته خلافة كالوراثة حتى منعت من لحوق الرجوع عنها أو يفرق بين قوله اذا مت فأنت حر أو أنت حر بعد موتى و بين قوله أعتقوه بعد موتى فان الاول استخلاف موجب لثبوت حق الحرية فى الحال بخلاف أعتقوه وأورد عليه أن هذا فرق بعين محل النزاع لان حاصله أن الوصية بالعتق اذا كانت تدبيرا كانت خلافة تستدعى لزوم الموصى به وعدم جواز الرجوع عنه وان كانت غيره كاعتقوا هذا العبد لا تكون كذلك وجاز بيعه وهذا عين المتنازع فيه فان الخصم يقول الوصية بالعتق بهذه الصيغة و بالصيغة الاخرى سواء ولا مخلص الا أن تبدى خصوصية فى تلك العبارة تقتضى ذلك وليس هنا الا كون العبد خوطب به أو كون العتق علق صريحا بالموت أو أضيف وكون ذلك فى الشرع يقتضى ما ذكرتم من اللزوم وعدم جواز الرجوع ممنوع فالحق أن الاستدلال انما هو بالسمع المتقدم بناء على عدم معارضة حديث جابر له لما قدمناه ثم المذكور بيان حكمة الشرع لذلك (قوله فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله) لما روينا أول الباب ولان التدبير وصية ونفاذها من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره عتق ثلثه و يسعى فى ثلثيه للورثة ولو كان على المولى دين فى هذه الصورة يستغرق رقبة المدبر يسعى فى كل قيمته لان الدين مقدم على الوراثة فكيف بالوصية ولا يمكن نقض العتق فيرد قيمته (قوله وولد المدبرة مدبر) فيعتق بموت سيد أمه والمراد ولد المدبرة المطلق أما ولد المدبرة تدبيرا مقيدا فلا يكون مدبرا هذا هو الصحيح من النسخ وفى بعضها ولد المدبر مدبر وليس بصحيح لان الولد يتبع أمه لا أباه فان زوجة المدبر لو كانت حرة كان ولدها حرا أو أمة فولدها عبد سواء كان أبوه حرا أو عبدا أو مدبرا أولا ثم المراد الولد الذى كانت حاملا به وقت التدبير أو الولد الذى حملت به بعد التدبير أما ولدها المولود قبله فلا يصير مدبرا بتدبيرها أما الذى كان حملا فبالاجماع كما لو أعتقها وهى حامل وأما الذى حملت به بعده ففى قول أكثر أهل العلم وهو المروى عن عمر بن عبد العزيز والزهرى والبصرى وشريح ومسروق والثورى ومجاهد وقتادة وعطاء وطاوس والحسن بن صالح ومالك وأحمد وللشافعى فيه قولان قال المصنف وعلى هذا اجماع الصحابة يعنى الاجماع السكوتى فانه روى عن عمر وابن عمر وعثمان وزيد بن ثابت وجابر وابن مسعود رضى الله عنهم ولم يرو عن غيرهم خلاف ولا يخفى أن سريان التدبير الى

(فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا) يعنى من حديث ابن عمر رضى الله عنهما وهو قوله عليه الصلاة والسلام وهو حر من الثلث (ولان التدبير وصية لكونه تبرعا مضافا الى ما بعد الموت) ولا نعنى بالوصية الا ذلك والحكم يعنى العتق غير ثابت فى الحال لانه يفيد استحقاق الحرية كما ذكرنا آنفا وكل وصية تنفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى فى ثلثى رقبته وان كان على المولى دين يسعى فى كل قيمته لان الدين مقدم على الوصية والعتق لا يمكن نقضه فيجب عليه رد قيمته وقوله (وولد المدبرة مدبر) هذه هى النسخة الصحيحة و وقع فى بعض النسخ ولد المدبر مدبر وليس بصحيح لان ولد المدبر اما أن يكون من أمة أو غيرها فالاول رقيق لمولاها والثانى يتبع الام فى التدبير والكتابة وغيرهما دون الاب وأما ولد المدبرة فهو مدبر نقل على ذلك اجماع الصحابة رضى الله عنهم وخوصم الى عثمان رضى الله عنه فى أولاد مدبرة فقضى بأن ما ولدته قبل التدبير عبد يباع وما ولدته بعد التدبير فهو مثلها لا يباع وكان ذلك بحضرة الصحابة ولم ينقل عن أحد خلاف

(وان علق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضى هذا أو سفرى هذا أو من مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه) لان السبب لم ينعقد فى الحال للتردد فى تلك الصفة بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لامحالة (فان مات المولى على الصفة التى ذكرها عتق كما يعتق المدبر) معناه من الثلث لانه ثبت حكم التدبير فى آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلك الصفة فيه فلهذا يعتبر من الثلث

الولد على خلاف القياس بالاجماع فلا يقبل فيه اشكال مما ذكر من طرف الشافعى ولو اختلف المولى والمدبرة فى ولدها فقال ولدته قبل التدبير وقالت بعده فالقول للمولى لانها تدعى حق العتق لولدها ولو ادعته لنفسها كان القول له مع يمينه فلولدها كذلك والبينة بينتها لاثباتها زيادة حق العتق واعلم انه اذا حلف المولى يحلف على العلم لانه تحليف على فعل الغير وهو ما ادعت من ولادتها بعد التدبير ذكره فى المبسوط فى باب الشهادة فى التدبير واعلم انه اذا دبر الحمل وحده فانه جائز كعتقه وحده فان ولدته لاقل من ستة أشهر كان مدبرا والا لا ولو كانت بين اثنين فدبر أحدهما حملها وولدته لاقل من ستة أشهر فالشريك بالخيار بين التدبير وتضمين المدبر والاستسعاء له بعد أن يقدر على السعاية ولو دبر أحدهما ما فى بطنها بأن قال ما فى بطنك حر بعد موتى وقال الآخر أنت حرة بعد موتى فولدت لاقل من ستة أشهر بعد كلام الاول فالولد مدبر بينهما لانه كان موجودا حين دبر الاول فتدبر نصيبه بتدبيره وتدبر نصيب الآخر بتدبير أمه وان ولدته لاكثر من ستة أشهر من الاول ولاقل منها من تدبير الام فالولد كله مدبر للذى دبر الام لان ثبوت التدبير فيه بطريق التبعية للام باعتبار انه كالجزء وفى هذا لا ينفصل بعضه عن بعض فكان كله مدبرا للذى دبر الام وأما الام فنصفها مدبر للذى دبرها وللآخر الخيار بين أن يضمنه نصف قيمتها ان كان موسرا وبين أن يستسعيها فتعتق الام بضمان والولد المدبر بلا ضمان لان الضمان انما يلزمه من حين دبر وعلوق الولد بعده فى الحكم فلا يثبت فيه حق الشريك ألا ترى أنها لو زادت قيمتها فى مدة لم يكن للشريك الا تضمين نصف القيمة وقت التدبير فكذا فى الزيادة المنفصلة ولانها صارت فى حكم المستسعاة حين ثبت لها حق أن يستسعيها والمستسعاة كالمكاتبة تكون أحق بولدها واذا دبر ما فى بطن أمته لم يكن له أن يبيعها ولا يهبها ولا يمهرها وذكر فى كتاب الهبة من الاصل اذا أعتق ما فى بطن أمته ثم وهبها جازت الهبة بخلاف ما لو باعها وقيل فى المسئلة روايتان والاصح هو الفرق بين التدبير والعتق بانه اذا دبر ما فى البطن لو وهب الام لا يجوز عتقه ولو أعتقه جاز هبتها لان بالتدبير لا يزول ملكه عما فى البطن فلو وهب الام فالموهوب متصل بما ليس بموهوب من ملك الواهب فيكون فى معنى هبة المشاع فيما يحتمل القسمة وأما بعد عتقه فغير مملوك فلم يتصل الموهوب بملك الواهب فهو كما لو وهب دارا فيها ابن الواهب وسلمها ولو دبر ما فى بطنها فولدت ولدين أحدهما لاقل من ستة أشهر بيوم والآخر لاكثر بيوم فهما مدبران لانهما توأمان وتيقنا بوجود أحدهما حال التدبير فى البطن ولو دبر ما فى بطنها ثم كاتبها جاز وان وضعت بعد هذا لاقل من ستة أشهر كان التدبير فى الولد صحيحا لكنه يدخل فى الكتابة أيضا تبعا للام فاذا أدت عتقا جميعا وان مات المولى قبل أن تؤدى عتق الولد بالتدبير وان ماتت الام قبل المولى فعلى الولد أن يسعى فيما على الام لانه دخل فى الكتابة فان مات المولى فالولد بالخيار فى اختياره الحرية بالتدبير أو باداء الكتابة فيختار الانفع له فان كان خرج من الثلث عتق ولا شئ عليه لان مقصوده حصل ولو قال لامته ولدك الذى فى بطنك ولد مدبرة أو ولد حرة ولا يريد به عتقا لم تعتق لان هذا تشبيه وليس بتحقيق فكانه قال أنت مثل الحرة أو المدبرة (قوله وان علق التدبير بموته على صفة) مثل أن يقول ان مت من مرضى هذا أو سفرى هذا

وقوله (فان علق التدبير بموته) بيان للمدبر المقيد وهو أن يعلق التدبير بموته على صفة مثل أن يقول ان مت من مرضى أو سفرى أو مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه لان السبب لم ينعقد فى الحال للتردد فى تلك الصفات فربما يرجع من ذلك السفر ويبرأ من ذلك المرض بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لامحالة وتحقيقه يستفاد مما قدمناه وهو أن المعلق به اذا كان على خطر الوجود كان بمعنى اليمين وقد عرفت أن صفة كونه يمينا تمنع عن السببية وأما اذا كان أمرا كائنا لامحالة لم يكن فى معنى اليمين فكان سببا فان قيل اذا لم ينعقد السبب فى الحال ففى أى وقت ينعقد اذا انعقد بعد الموت فليس بحال أهلية الايجاب وان انعقد قبله كيف يجوز بيعه فالجواب أنه موقوف فان مات المولى على الصفة التى ذكرها عتق كما يعتق المدبر من الثلث لانه يثبت حكم التدبير فى آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلك الصفة حينئذ وان عاش بطل التدبير

ومن المقيد أن يقول ان مت الى سنة أو عشر سنين لما ذكرنا بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكائن لا محالة

أو مرض كذا أو قتلت أو غرقت فليس بمدبر فيجوز بيعه لان السببية لم تنعقد في الحال للتردد في تلك الصفة هل تقع أولا بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة ثم ان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر يعني من الثلث لانه ثبت حكم التدبير له في آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلك الصفة فيه فاذ ذاك يصير مدبرا مطلقا لا يجوز بيعه بل لا يمكن فأما ما قبل آخر جزء من حياته فلم يكن مدبرا فجاز بيعه وان برئ من ذلك المرض أو رجع من ذلك السفر ثم مات لم يعتق لان الشرط الذي علق به قد انعدم واستشكل بما اذا قال أنت حر قبل موتي بشهر ومضى شهر فانه بعد مضي الشهر يعتق بمطلق موت المولى مع انه مدبر مقيد حتى جاز للمولى بيعه أجيب بأنه انما كان كذلك لانه يعتق بالشهر قبل موته كما سمي فيجب اعتباره بالعتق المضاف الى غد وأنه لا يثبت حقا للعبد للحال فكذا هنا ولو قال اذا مت أو قتلت فأنت حر على قول زفر هو مدبر لان عتقه تعلق بمطلق موته حتى يعتق اذا مات على أي وجه كان وعلى قول أبي يوسف ليس مدبرا لانه علقه بأحد الشيئين من الموت والقتل والقتل وان كان موتا فالموت ليس بقتل وتعليقه بأحد الامرين يمنع كونه عزيمة في أحدهما خاصة فلا يصير مدبرا حتى يجوز بيعه وقول زفر أحسن لان التعليق في المعنى بمطلق موته لانه لا تردد في كون الكائن أحد الامرين من الموت قتلا أو غير قتل فهو في المعنى مطلق الموت كيفما كان وروى الحسن عن أبي حنيفة اذا قال اذا مت وغسلت فأنت حر لا يكون مدبرا لانه علقه بالموت وشيء آخر بعده ثم اذا مات ففي القياس لا يعتق وان غسل ما لم يعتقوه لانه بنفس الموت انتقل الى ملكهم فهو كقوله ان مت ودخلت الدار فأنت حر وفي الاستحسان يعتق لانه يغسل عقيب الموت قبل أن يتقرر ملك الوارث فهو نظير تعليقه بموت بصفة فاذا وجد ذلك يعتق من الثلث بخلاف دخوله الدار لانه لا يتصل بالموت فيتقرر ملك الوارث فيه كذا في المبسوط (قوله ومن المقيد) أي ومن التدبير المقيد (أن يقول ان مت الى سنة أو الى عشر سنين) فأنت حر فان مات قبل السنة أو العشر عتق مدبرا وان مات المولى بعد السنة أو العشر لم يعتق ومقتضى الوجه كونه لو مات في رأس السنة يعتق لان الغاية هنا لولاها تناول الكلام ما بعدها لانه تنجيز عتقه فيصير حرا بعد السنة والعشر فتكون للاسقاط ومنه أنت حر قبل موتي بشهر أو بيوم فانه مدبر مقيد حتى ملك بيعه وعند زفر مدبر مطلق قلنا لم يوجد تعليقه بمطلق موته لاحتمال موته قبل شهر فلم يتعلق بشرط كائن لا محالة ولو مات بعد شهر قيل يعتق من الثلث وقيل من جميع المال لان على قول أبي حنيفة يستند العتق الى أول الشهر وهو كان صحيحا فيعتق من كله وعلى قولهما يصير مدبرا بعد مضي الشهر قبل موته (قوله بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليها في الغالب لانه كالكائن لا محالة) فيكون تدبيرا مطلقا فلا يجوز بيعه وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة وقال قاضيخان على قول أصحابنا مدبر مقيد وكذا ذكره في الينابيع وجوامع الفقه لانه لم يخرج عن التعيين وعلى قول الحسن ذكر ما لا يعيش اليه غالبا تأبيد معنى وهو كالخلاف في النكاح المؤقت لو سميا مدة لا يعيشان اليها غالبا يصح النكاح عند الحسن لانه تأبيد معنى والمذهب انه توقيت فلا يصح والمصنف كالمناقض فانه في النكاح اعتبره توقيتا وأبطل به النكاح وهنا جعله تأبيدا موجبا للتدبير ❁ فروع

كاتب مدبره ثم مات وهو يخرج من ثلث ماله عتق بالتدبير وسقط عنه بدل الكتابة للاستغناء عن أداء المال بالعتق الحاصل عن التدبير فان لم يكن له مال غيره فانه يعتق ثلثه بالتدبير ثم لا يسقط عنه شيء من بدل الكتابة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد سقط ثلث بدل الكتابة أيضا اعتبارا للجزء

(ومن المقيد أن يقول ان مت الى سنة أو عشر سنين لما ذكرنا) يعني قوله لتردد في تلك الصفات (بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكائن لا محالة) وهذا الذي ذكره رواية الحسن عن أبي حنيفة في المنتقى وذكر الفقيه أبو الليث في نوازله لو أن رجلا قال لعبده أنت حر ان مت الى مائتي سنة قال أبو يوسف هذا مدبر مقيد وله أن يبيعه وقال الحسن هو مدبر لا يجوز بيعه لانه علم أنه لا يعيش الى تلك المدة فصار كأنه قال ان مت فأنت حر ثم لو مات قبل السنة في الاول أو قبل عشر سنين في الثاني عتق ولو مات بعدهما لم يعتق لانه لم يوجد الشرط في المدبر المقيد والله أعلم

(قول الكمال لانه تنجيز عتقه) لانه أي الكلام بدون الغاية يفيد تنجيز عتقه بعد الموت مطلقا كذا بهامش نسخة الشيخ البحراوي

بالكل وقياسا على مالو كاتبه أولا ثم دبره ثم مات ولا مال له سواه فانه يسقط عنه ثلث بدل الكتابة لما عتق ثلثه بالتدبير فكذا اذا اسبق التدبير الكتابة ولا معنى لقول من يقول المستحق بالتدبير لا يرد عليه عقد الكتابة لانه لو أدى جميع بدل الكتابة فى حياته يعتق كله ولو كان المستحق بالتدبير لم ترد عليه الكتابة لما عتق بالاداء ولان استحقاق المدبر ثلثه بالتدبير كاستحقاق أم الولد جميعها بالاستيلاد ولو كاتب أم ولده صح ووجب المال فعرفنا أن هذا الاستحقاق لا يمنع ورود العقد عليه ولهما طريقان أحدهما أن بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير لان موجب الكتابة ثبوت مالم يكن ثابتا فى المكاتب والبدل بمقابلته وعرف أن التدبير يوجب استحقاق شئ له فلا يتصور استحقاق ذلك بالكتابة فيكون البدل بمقابلة ما وراء ذلك فهو كما لو طلق زوجته ثنتين ثم طلقها ثلاثا بالالف كانت الالف كلها بازاء الطلقة الثالثة ألا ترى أنه لو خرج كله من الثلث بطلت الكتابة فاما قبل الموت الكتابة صحيحة لان الاستحقاق بالتدبير غير متقرر لجواز أن لا يموت المولى قبله واذا ثبت أن بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير وشئ من ذلك لم يسلم للعبد بموت المولى لا يسقط شئ عنه بخلاف مالو كاتبه أولا لان بدل الكتابة هنالك بمقابلة جميع الرقبة فانه لم يكن مستحقا الشئ من رقبته عند الكتابة فاذا اعتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير عند الموت سقط حصته من بدل الكتابة والطريق الآخر أن التدبير وصية برقبته له وهى عين والوصية بالعين لا تنفذ من مال آخر كما لو أوصى بعبد لانسان ثم باعه أو قتل لا تنفذ الوصية فى قيمته ولا ثمنه من مال الموصى وفى اسقاط بعض بدل الكتابة ذلك فامتنع بخلاف مالو كاتبه أولا ثم دبره لان حقه عند التدبير أحد الشيئين اما بدل الكتابة ان أدى أو مال رقبته ان عجز فيكون موصيا له بما هو حقه فلهذا ينفذ من بدل الكتابة اذا عرف هذا فتخرج المسئلة على قول أبى حنيفة فيما اذا دبره ثم كاتبه انه يتخير بعد موت المولى ان شاء سعى فى جميع بدل الكتابة بجهة عقد الكتابة وان شاء سعى فى ثلثى قيمته بالتدبير لان عنده العتق يتجزأ وقد تلقاه جهتا حرية فيختار أيهما شاء وعند أبى يوسف يسعى فى الاقل منهما بغير خيار لان العتق لا يتجزأ عنده فقد عتق كله والمال عليه ولا يلزمه الا أقل المالين وعند محمد يسعى فى الاقل من ثلثى قيمته ومن ثلثى بدل الكتابة لان ثلثها سقط عنه ولا يتخير لانه عتق كله كما ذكر أبو يوسف ولو كاتبه ثم دبره فعند أبى حنيفة يتخير بين أن يسعى فى ثلثى قيمته أو ثلثى بدل الكتابة وعندهما يسعى فى أقلهما عينا ولو كاتب مدبرته فولدت ثم ماتت يسعى الولد فيما عليها لانه مولود فى كتابتها فيبقى عقد الكتابة ببقائه لانه جزء منها فان كانا ولدين فأدى أحدهما المال كله لم يرجع على أخيه بشئ لانه ما أدى عنه شيأ انما أدى عن الام فان بدل الكتابة عليها ولان كسب كل منهما لها حتى لو كانت حية كانت أحق به فكان أداء من أدى أحدهما أو كليهما أداء من مال الام ومثله لو كاتب عبدين مدبرين جميعا وكل كفيل عن الآخر ثم ماتا وترك أحدهما ولدا ولد له فى كتابته من أمته فعليه أن يسعى فى جميع الكتابة لانه قائم مقام أبيه وانما يسعى لتحصيل العتق لابيه ولنفسه ولا يحصل العتق لابيه الا باداء جميع بدل الكتابة فلهذا كان عليه السعاية فى جميع بدل الكتابة

باب الاستيلاد

لما اشترك كل من المدبر وأم الولد فى استحقاق العتق وتعلقه بالموت وصل بينهما ولما كان التدبير أنسب بما قبله من حيث ان العتق به بايجاب اللفظ بخلاف الاستيلاد قدمه عليه والاستيلاد مصدر استولد أى طلب الولد وهو عام أريد به خصوص وهو طلب ولد أمته أى استلحاقه أى باب بيان أحكام هذا الاستلحاق الثابتة فى الام وأصله استولاد ومثله يجب قلب واوه ياء كميعاد وميزان وميقات فصار استيلادا

﴿باب الاستيلاد﴾

(اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت أم ولد له لا يجوز بيعها ولا تمليكها) لقوله عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها أخبر عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع

وأم الولد تصدق لغة على الزوجة وغيرها ممن لها ولد ثابت النسب وغير ثابت النسب وفي عرف الفقهاء أخص من ذلك وهي الامة التي ثبت نسب ولدها من مالك كلها أو بعضها (قوله واذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت أم ولد له) يعني اذا ثبت نسبه منه وليس ولادتها منه مستلزما ثبوته ففي العبارة قصور وذلك لانه لا يريد أنها اذا ولدت منه صارت أم ولد بالمفهوم اللغوي بل بالاصطلاح الفقهي ولذا رتب عليه الاحكام المذكورة حيث قال لا يجوز بيعها ولا تمليكها ولا هبتها بل اذا مات ولم ينجز عتقها تعتق بموته من جميع المال ولا تسعى لغريم ولو كان السيد مديونا مستغرقا وهذا كله مذهب جمهور الصحابة والتابعين والفقهاء الا من لا يعتد به كبشر المريسي وبعض الظاهرية فقالوا يجوز بيعها واحتجوا بحديث جابر قال بعنا أمهات الاولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر فلما كان عمر نهانا عنه فانتهينا رواه أبو داود وقال الحاكم على شرط مسلم وأخرج النسائي عن زيد العمي الى أبي سعيد الخدري كنا نبيعهن في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صححه الحاكم وأعله العقيلي بزيد العمي وقال النسائي زيد العمي ليس بالقوي ونقل هذا المذهب عن الصديق وعلي وابن عباس وابن مسعود وزيد بن ثابت وابن الزبير رضي الله عنهم لكن عن ابن مسعود بسند صحيح وابن عباس تعتق من نصيب ولدها ذكره ابن قدامة فهذا يصرح برجوعهما على تقدير صحة الرواية الاولى عنهما واستدل بعضهم للجمهور بما في حديث أبي داود من طريق محمد بن اسحق عن خطاب بن صالح عن أمه عن سلامة بنت معقل امرأة من خارجة قيس عيلان وذكر البيهقي أنه أحسن شئ روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا قالت قدم بي عمي في الجاهلية فباعني من الحباب بن عمرو أخي أبي اليسر بن عمرو فولدت له عبد الرحمن بن الحباب ثم هلك فقالت امرأته الآن والله تباعين في دينه فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله اني امرأة من خارجة قيس عيلان قدم بي عمي المدينة في الجاهلية فباعني من الحباب بن عمرو أخي أبي اليسر بن عمرو فولدت له عبد الرحمن فمات فقالت لي امرأته الآن والله تباعين في دينه فقال عليه الصلاة والسلام من ولي الحباب قيل أخوه أبو اليسر كعب بن عمرو فبعث اليه فقال أعتقوها فاذا سمعتم برقيق قدم علي فأتوني أعوضكم قالت فاعتقوني وقدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم رقيق فعوضهم مني غلاما ولا يخفى أن هذا لا يدل على أنها تعتق بمجرد موته بل على أنه سألهم أن يعتقوها ويعوضهم لما استرقت قلبه عليه الصلاة والسلام بل يفيد أنها لا تعتق والا لبين الحكم الشرعي في ذلك من أنها اعتقت ولم يأمرهم بعتقها بعوض يقوم هو عليه الصلاة والسلام به لهم نعم يحتمل أن يراد باعتقوها خلوا سبيلها كما فسره البيهقي وأن العوض من باب الفضل منه عليه أفضل الصلاة والسلام لكن هذا احتمال غير الظاهر والعبرة للظاهر فلا يصار الى هذا الا بدليل من خارج يوجبه ويعينه فمن ذلك ما ذكر المصنف عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال يعني في مارية القبطية رضي الله عنها أعتقها ولدها وهو حديث رواه ابن ماجه عن ابن عباس قال ذكرت أم ابراهيم عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أعتقها ولدها وطريقه معلول بأبي

لما فرغ من بيان التدبير شرع في بيان الاستيلاد عقيبه لمناسبة بينهما من حيث ان لكل واحد منهما حق الحرية لا حقيقتها والاستيلاد طلب الولد فأم الولد من الاسماء الغالبة كالصغيرة في الصفات الغالبة (اذا ولدت الامة من (٤٤١) مولاها فقد صارت أم ولد له لا يجوز بيعها) ولا هبتها (ولا تمليكها لقوله صلى الله عليه وسلم) لما ولدت مارية ابراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقيل له ألا تعتقها (أعتقها ولدها أخبر عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع) لان الحديث وان دل على تنجيز الحرية لكن عارضه ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل ولدت أمته منه فهي معتقة عن دبر منه فعملنا بهما جميعا ومنعنا البيع بالحديث الاول والتنجيز بالحديث الثاني ولا يقال محلية البيع معلومة فيها بيقين فلا ترتفع الا بيقين مثله وخبر الواحد لا يوجبه لانا نقول الاحاديث الدالة على عتقها من المشاهير وقد انضم اليها الاجماع اللاحق فرفعتها

﴿باب الاستيلاد﴾

(قوله الاستيلاد طلب الولد) أقول يعني طلب الولد مطلقا وخص بطلب ولد أمته (قوله فأم الولد من الاسماء الغالبة كالصغيرة في الصفات الغالبة) أقول والافأم الولد تصدق لغة على الزوجة وغيرها ممن لها ولد ثابت النسب وغير ثابت النسب ثم قوله كالصغيرة يعني كاستعمال الصغيرة في الذنوب (قوله وقد انضم اليها الاجماع اللاحق فرفعتها) أقول الضمير في قوله فرفعتها راجع الى قوله محلية في قوله لا يقال محلية البيع الخ

بكر بن عبد الله بن أبي سبرة وحسين بن عبد الله بن عبيد الله بن عبد الله بن عباس وبسند ابن ماجه رواه ابن عدي في الكامل لكن أعله بابن أبي سبرة فقط فانه يرى أن حسينا ممن يكتب حديثه وأخرج ابن ماجه أيضا عن شريك عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما أمة ولدت من سيدها فهي حرة بعد موته ورواه الحاكم في المستدرك وقال صحيح الاسناد وهذا توثيق لحسين بن عبد الله ورواه أبو يعلى الموصلي في مسنده حدثنا زهير حدثنا اسمعيل بن أبي أويس حدثنا أبي عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس عنه صلى الله عليه وسلم قال أيما أمة ولدت من سيدها فانها حرة اذا مات الا أن يعتقها قبل موته ورواه أحمد عن ابن عباس عنه صلى الله عليه وسلم أيما رجل ولدت منه أمته فهي معتقة عن دبر منه والطرق كثيرة في هذا المعنى ولذا قال الاصحاب انه مشهور تلقته الامة بالقبول واذ قد كثرت طرق هذا المعنى وتعددت واشتهرت فلا يضره وقوع راو ضعيف فيه مع أن ابن القطان قال في كتابه وقد روي باسناد جيد قال قاسم بن أصبغ في كتابه حدثنا محمد بن وضاح حدثنا مصعب بن (١) سعد أبو خيثمة المصيصي حدثنا عبد الله بن عمرو وهو الرقي عن عبد الكريم الجزري عن عكرمة عن ابن عباس قال لما ولدت مارية القبطية ابراهيم قال صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها ومن طريق ابن أصبغ رواه ابن عبد البر في التمهيد ومما يدل على صحة حديث أعتقها ولدها ما قال الخطابي ثبت أنه صلى الله عليه وسلم قال انا معاشر الانبياء لا نورث ما تركنا صدقة فلو كانت مارية مالا بيعت وصار ثمنها صدقة وعنه عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن التفريق بين الاولاد والامهات وفي بيعهن تفريق واذا ثبت قوله أعتقها الخ وهو متأخر الى الموت اجماعا وجب تأويله على مجاز الاول فيثبت في الحال بعض مواجب العتق من امتناع تمليكها وروى الدارقطني عن يونس بن محمد عن عبد العزيز بن مسلم عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع أمهات الاولاد فقال لا يبعن ولا يوهبن ولا يورثن يستمتع بها سيدها ما دام حيا فاذا مات فهي حرة ثم أخرجه بسند فيه عبد الله بن جعفر عن عبد الله بن دينار وأعله ابن عدي بعبد الله بن جعفر بن نجيح المديني وأسند تضعيفه عن النسائي وغيره ولينه هو وقال يكتب حديثه ثم أخرجه عن أحمد بن عبد الله العنبري حدثنا معتمر عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر عن عمر موقوفا عليه وأخرجه أيضا عن فليح بن سليمان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن عمر موقوفا قال ابن القطان هذا حديث عن عبد العزيز بن مسلم (٢) القسملي وهو ثقة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر واختلف عنه فقال عنه يونس بن محمد وهو ثقة وهو الذي رفعه وقال عنه يحيى بن اسحق وفليح بن سليمان عن عمر لم يتجاوزوه وكلهم ثقات وهذا كله عند الدارقطني وعندي أن الذي أسنده خير ممن وقفه وأخرج مالك في الموطأ عن نافع عن ابن عمر أن عمر بن الخطاب قال أيما وليدة ولدت من سيدها فانه لا يبيعها ولا يهبها ولا يورثها وهو يستمتع منها فاذا مات فهي حرة وهكذا رواه سفيان الثوري وسليمان بن بلال وغيرهما عن عمر موقوفا وأخرج الدارقطني من حديث عبد الرحمن الافريقي عن سعيد بن المسيب أن عمر أعتق أمهات الاولاد وقال أعتقهن رسول الله صلى الله عليه وسلم والافريقي وان كان غير حجة فقد تقدم ما يعضد رفعه مع ترجيح ابن القطان فثبت الرفع بما قلنا ولا شك في ثبوت وقفه على عمر وذكر محمد في الاصل حديث سعيد بن المسيب قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق أمهات الاولاد من غير الثلث وقال لا يبعن في دين وعدم مخالفة أحد لعمر حين أفتى به وأمر فانعقد اجماع الصحابة على عدم بيعهن فهذا يوجب أحد الامرين اما أن ما كان من بيع أمهات الاولاد في زمنه صلى الله عليه وسلم لم يكن بعلمه وان كان مثل قول الراوي كنا نفعل في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم حكمه الرفع لكن ظاهر الاقطعا فاذا قام دليل في خصوص منه على عدمه وجب اعتباره واما أنه كان بعلمه وتقريره ثم نسخ ولم يظهر الناسخ لابي بكر رضي الله عنه لقصر مدته مع اشتغاله فيها

(١) سعد هكذا في بعض النسخ وفي بعضها أسعد بألف وليحرر اه مصححه

(٢) القسملي هكذا في بعض النسخ وشكله في خلاصة أسماء الرجال مضبوطا بفتح القاف والميم بينهما مهملة ساكنة وما وقع في بعض النسخ من السلمي تحريف فليحذر كتبه مصححه

ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوأة بواسطة الولد فان الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن المميز بينهما على ماعرف فى حرمة المصاهرة الا أن بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب فأوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال فكذا الحرية تثبت فى حقهم لا فى حقهن حتى اذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لم يعتق الزوج الذى ملكته بموتها وبثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية فى الحال فيمنع جواز البيع واخراجها الا الى الحرية فى الحال ويوجب عتقها بعد موته •

بحروب مسيلمة وأهل الردة ومانعى الزكاة ثم ظهر بعده كما عن ابن عمر كنا نخابر أربعين سنة ولا نرى بذلك بأسا حتى أخبرنا رافع بن خديج أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة فتركناها وأيا ما كان وجب الحكم الآن بعدم جواز بيعهن هذا اذا قصرنا النظر على الموقوف فأما بملاحظة المرفوعات المتعاضدة فلا شك ومما يدل على ثبوت ذلك الاجماع ما أسنده عبد الرزاق أنبأنا معمر عن أيوب عن ابن سيرين عن عبيدة السلمانى قال سمعت عليا يقول اجتمع رأيى ورأى عمر فى أمهات الاولاد أن لا يبعن ثم رأيت بعد ذلك أن يبعن فقلت له فرأيك ورأى عمر فى الجماعة أحب الى من رأيك وحدك فى الفرقة فضحك على * واعلم أن رجوع على رضى الله عنه يقتضى أنه يرى اشتراط انقراض العصر فى تقرر الاجماع والمرجح خلافه وسئل داود عن بيع أم الولد فقال يجوز لانا اتفقنا على جواز بيعها قبل أن تصير أم ولد فوجب أن يبقى كذلك اذ الاصل فى كل ثابت دوامه واستمراره وكان أبو سعيد البردعى حاضرا فعارضه فقال قد زالت تلك الحالة بالاتفاق وامتنع بيعها ما دامت حاملا بولد سيدها والاصل فى كل ثابت دوامه فانقطع داود وكان له أن يجيب ويقول الزوال كان بمانع عرض وهو قيام الولد الحر فى بطنها وزال بانفصاله فعاد ما كان فيبقى الى أن يثبت المزيل (قوله ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين) اللذين خلق منهما (قد اختلطا) وهو جزؤهما بحيث لا تمييز وهذه الجزئية وان زالت بانفصال الولد لكنها بقيت حكما ولم تنقطع لان تلك الجزئية أوجبت نسبتها اليه بواسطة الولد وبالانفصال تقرر ذلك حتى قيل أم ولده فقد بقى أثرها شرعا واليه أشار عمر فيما رواه محمد بن قارب قال اشترى ابى أمة من رجل قد أسقطت منه فأمر عمر بردها وقال أبعدما اختلطت لحومكم بلحومهن ودماؤكم بدمائهن الا أن السبب يضعف بالانفصال (فأوجب حكما مؤجلا الى الموت) ولما ورد على هذا التقرير أن مقتضاه أن المرأة الحرة لو ملكت زوجها العبد بعد ما ولدت له انه يعتق بموتها لان النسبة الكائنة بتوسط الولد مشتركة بينهما لكل من الام والاب قسط منها أجاب المصنف بقوله ان بقاء الجزئية حكما بعد الانفصال انما هو باعتبار النسب لانه لم يبق بعد الانفصال سواه والنسب الى الرجال أى الى الآباء لا الى الامهات (فكذا الحرية) التى تبتنى على النسب بالحاء المهملة لا بالجيم تثبت للنساء فى حق الرجال لان النسب اليهم فتفرع عليه أن الحر لو تزوج أمة فولدت له ثم اشتراها صارت أم ولده تعتق بموته دون العكس اذ ليس النسب اليهن فلو ملكت الحرة زوجها العبد بعد ما ولدت له لا يعتق بموتها ولما تعلق بالآخرة بالنسب لم تثبت الامومة بدونه فلو ولدت أمة لرجل بزنا ثم ملكها لا تكون أم ولده فلا تعتق بموته وأورد عليه ما ذكره فى دعوى الاصل أمة بين رجلين ولدت ولدا فقال كل منهما لصاحبه هو ابنك لا يكون ابن واحد منهما وهو حر وأمه بمنزلة أم الولد موقوفة لا يملكها واحد منهما فقد ثبتت الامومة بلا ثبوت نسب أجيب بأنه قد ثبت النسب فى الجملة فانهما اتفقا على ثبوت نسبه ولذا كان حرا فلم تثبت دون نسب والحق أن ثبوت الامومة فى نفس الامر لا يكون الا تابعا لثبوت النسب وأما ثبوته ظاهرا فى القضاء فبكل من ثبوت نسب الولد والاقرار به وان لم يثبت لما سيجىء فيما اذا ادعى ولد أم ولده المزوجة (قوله وبثبوت عتق الخ) يعنى قد ثبت بما ذكرنا أنه يثبت لها عتق مؤجل ويلزم من ثبوت عتقها مؤجلا أن يثبت لها فى الحال حق العتق فيمتنع بيعها واخراجها الا

(ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين قد اختلطا (٤٤٣) بحيث لا يمكن التمييز بينهما على ماعرف فى حرمة المصاهرة) وهى تمنع بيعها وهبتها لان بيع جزء الحر وهبته حرام فان قيل لو كانت هذه الجزئية معتبرة لتنجز العتق لان الجزئية توجبه ولستم بقائلين به أجاب بقوله (الا أن بعد الانفصال) يعنى أن الولد انما يعلم بعد الانفصال وبعد الانفصال (تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب فأوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت) فتعاضد المنقول بالمعقول فى اثبات الحكم المؤجل الى ما بعد الموت وهو العتق فيحرم بيعها فى الحال لثبوت حق الحرية فيها فان قيل لو كانت الجزئية باقية حكما لعتق من ملكته امرأته التى ولدت منه بعد موتها وليس كذلك أجاب بقوله (وبقاء الجزئية حكما) ومعناه أن بقاء الجزئية حكما عبارة عن ثبات النسب والاصل فى ثبات النسب هو الاب لان الولد ينسب اليه والام أيضا بواسطة الولد يقال أم ولد فلان (فكذلك الحرية تثبت فى حقهم لا فى حقهن)

(قوله ولأن الجزئية) أقول عطف على قوله لقوله صلى الله عليه وسلم (قوله أجاب بقوله الا أن بعد الانفصال يعنى أن الولد انما يعلم بعد الانفصال) أقول اذا اعترف المولى بالحمل منه قبل الانفصال لم يؤاخذ باقراره وعندى معنى كلام المصنف غير ماذكره الشارح

وكذا اذا كان بعضها مملوكا له لان الاستيلاد لا يتجزأ فانه فرع النسب فيعتبر بأصله قال (وله وطؤها واستخدامها واجارتها وتزويجها) لان الملك فيها قائم فأشبهت المدبرة

الى الحرية ولقائل أن يقول ثبوت العتق المؤجل الى أجل معلوم ثابت فى قوله اذا جاء رأس الشهر فأنت حر ومع ذلك لم يمتنع البيع فله أن يبيعه قبله ولم يلزم من ثبوت العتق الى أجل معلوم الوقوع ثبوت استحقاقها فى الحال بل عند حلول الاجل فالحق أن استحقاقها فى الحال للعتق عند الموت ليس الا حكم النص حيث صرح النص بأنهن لا يبعن ولا يوهبن لمعنى الجزئية التى أشار اليها عمر رضى الله عنه (قوله وكذا اذا كان بعضها مملوكا له والبعض الآخر مملوكا لغيره) بان كانت مشتركة بين اثنين فادعى أحدهما ولدها ثبت نسبه وتصير أم ولد له فهذان حكمان وقع التشبيه فى أحدهما وهو أمومة الولد لانه لم يسبق لثبوت النسب ذكر فقصر التعليل عليه وهو قوله (لان الاستيلاد لا يتجزأ) أى فيما يمكن نقل الملك فيه وهى القنة فتصير كلها أم ولد له ويضمن قيمة نصيب شريكه له بخلاف ما اذا وقع فيما لا يقبل النقل كالمدبرة فانه يتجزأ ضرورة عدم قبوله للنقل فيقتصر بالضرورة فلذا قدم فى باب العبد يعتق بعضه أنه لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه فلا تناقض فصار الحاصل أن الاستيلاد لا يتجزأ أى لا يكون معه بعض المستولدة مملوكا لغير المستولد الا لضرورة لانه مبنى على ثبوت النسب وهو لا يتجزأ وأما احتمال أن يكون فيه روايتان فبعيد فلذا لما قال المصنف انه يتجزأ فى باب العبد يعتق بعضه لم يجعل أثره الا فيما اذا استولد نصيبه من مدبرة وأما تعليل ثبوت النسب فانما هو بوجود الدعوة فى المملوكة والاتفاق على أن ملك البعض يكفى لصحة الاستيلاد (قوله وله وطؤها واستخدامها واجارتها وتزويجها لان الملك قائم فيها) وهو مطلق لهذه الامور (فأشبهت المدبرة) ومنع مالك اجارتها كبيعها وهو بعيد وامتناع البيع لنقل ملك الرقبة لا غير وهو منتف فى الاجارة ويملك كسبها وله اعتاقها وكتابتها وأورد ينبغى أن لا يملك تزويجها لان توهم شغل رحمها بماء المولى قائم وتوهم الشغل مانع من النكاح كما فى المعتدة غير أن المعتدة جعل لها الشرع حالا يحكم فيه بالفراغ فجاز نكاحها عند وجوده ولم يجعل لام الولد مثله سوى الاستبراء فكان ينبغى أن لا يصح قبله وأجيب بأن جواز النكاح كان ثابتا قبل الوطء ووقع الشك فى خروجه فلا يخرج بالشك بخلاف المعتدة فانها قد تحقق خروجها عن محلية نكاح الغير فلا تعود الا بموجب وجعله الشارع انقضاء العدة الدال على الفراغ حقيقة فلا تزوج قبله ولقائل أن يقول اذا سلم أن احتمال الشغل مانع ولا شك فى ثبوته بعد الوطء لزم تحقق خروج الجواز لا وقوع الشك فيه كالعدة ووجب أن لا يزوجها الا بعد استبرائها والمذهب جوازه قبل الاستبراء وانما هو بعده أفضل * واعلم أن المسئلة ذكرها المصنف فى فصل المحرمات من كتاب النكاح حيث قال وان زوج أم ولده وهى حامل منه فالنكاح باطل لانها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه بالدعوة فلو صح النكاح حصل الجمع بين الفراشين الا أنه غير متأكد حتى ينتفى ولدها بالنفى من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحبل فأفاد أن المانع من صحة النكاح ليس الا الجمع بين الفراشين لا توهم الشغل وهذا احق لما عرف من مسئلة ما اذا رأى امرأة تزنى فتزوجها حيث يصح النكاح ويحل الوطء مع أن احتمال الشغل ثابت لكن لما كان الحمل من الزنا ليس ثابت النسب جاز النكاح والوطء لانتفاء الجمع بين الفراشين ولذا جاز عند أبى حنيفة ومحمد تزوج الحامل من الزنا لانتفاء

وقوله (وكذا اذا كان بعضها مملوكا له) يعنى لو كانت الجارية مشتركة بين رجلين فاستولدها أحدهما كانت أم ولد له لان الاستيلاد لا يتجزأ لانه فرع ما لا يتجزأ وهو النسب فيعتبر بأصله فان قيل فقد ذكر فى باب العبد يعتق بعضه والاستيلاد متجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه الخ فما (٤٤٤) وجه التوفيق بين كلاميه أجيب بأن معنى قوله لا يتجزأ يتملك نصيب صاحبه بالضمان مع ملك نصيبه فيكمل الاستيلاد على ما يجىء بعد هذا فى هذا الباب لان نصيب صاحبه قابل للنقل بضمان المستولد لان الاستيلاد وقع فى القنة وهى قابلة للانتقال من ملك الى ملك وما ذكره هنالك من تجزى الاستيلاد فانما فرض المسئلة فى المدبرة وهى غير قابلة للنقل فكان الاستيلاد مقتصرا على نصيبه فيتجزأ الاستيلاد ضرورة فكان دفع التناقض باعتبار اختلاف الموضوع والمحال وبأنه يحتمل أن يكون فيه روايتان عن أبى حنيفة وذلك لانهما جعلا الاستيلاد مقيسا عليه فى أنه لا يتجزأ فكان مجمعا عليه ثم أجاب عنه أبو حنيفة بأنه متجزئ عنده فى ذلك الباب ومثل هذا كان لاختلاف الروايتين كذا فى النهاية قال (وله وطؤها واستخدامها واجارتها وتزويجها) قد ذكرنا أن الاستيلاد يوجب حق الحرية لا حقيقتها فكان الملك فيها قائما كالمدبرة فجاز له أن يطأها ويستخدمها ويؤجرها ويزوجها قبل أن يستبرئها فان قيل شغل الرحم بمائه محتمل واحتمال ذلك يمنع جواز النكاح كما فى المعتدة أجيب بأن محلية جواز النكاح كانت ثابتة قبل الوطء وقد وقع الشك فى الفراش زوالها فلا ترتفع به بخلاف النكاح فان المنكوحة خرجت عن محلية نكاح الغير فلا تعود اليها الا بعد الفراغ حقيقة وذلك بعد العدة

(قوله أجيب بأن معنى قوله لا يتجزأ الى قوله فكان دفع التناقض باعتبار اختلاف الموضوع والمحال) أقول فيه بحث بل المراد لا يستقر على التجزى كما يعلم مما مر وسيجىء

(ولا يثبت نسب ولدها الا أن يعترف به) وقال الشافعي يثبت نسبه منه وان لم يدع لانه لما ثبت النسب بالعقد فلأن يثبت بالوطء وإنه أكثر إفضاء أولى ولنا أن وطء الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطء بخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا منه فلا حاجة الى الدعوة

الفراش غير أنه لا يحل وطؤها اذا كان الحمل من غيره حتى تضع وامتناع نكاح المهاجرة الحامل لثبوت نسبه دون غيرها وحينئذ فالجواب الحق منع كون احتمال الشغل بالماء مانعا فلذا جاز النكاح عقيب وطئها وان كان يستحب أو يجب الاستبراء انما المانع الجمع بين الفراشين القويين وفراش أم الولد ليس قويا على ما صرح به في المسئلة فلا يكون مانعا ما لم يتصل به الحمل بخلاف المعتدة فانها فراش حال العدة ألا ترى أنها متعينة لثبوت نسب ما تأتي به ففي تزوجها جمع بين الفراشين ﴿فرع﴾ اذا باع خدمة أم ولده منها عتقت كما اذا باع رقبة العبد منه رواه ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى وعن ابن سماعة عن أبي يوسف لا تعتق بخلاف بيع رقبتها منها حيث تعتق (قوله ولا يثبت نسب ولدها) أي ولد الامة لا أم الولد وهذا رجوع الى المذكور أول الباب في قوله اذا ولدت الامة من مولاها فلا يثبت نسبه الا أن يعترف به وان اعترف بوطئها وهو قول الثوري والبصري والشعبي ومروي عن عمر وزيد بن ثابت مع العزل وقال الشافعي ومالك وأحمد يثبت اذا أقر بوطئها وان عزل عنها الا أن يدعي أنه استبرأها بعد الوطء بحيضة وهو ضعيف فانهم زعموا أنها بالوطء صارت فراشا كالنكاح وفيه يلزم الولد وان استبرأها مع أن الحامل تحيض عند مالك والشافعي فلا يفيد الاستبراء وهم ينفصلون عن هذا بأن الغالب أن لا تحيض والامر بالاستبراء اعتبارا للغالب فيحكم عند وجوده بعدم الحمل حكما بالغالب ولو وطئها في دبرها يلزمه الولد عند مالك ومثله عن أحمد وهو وجه مضعف للشافعية (قوله لانه لما ثبت) هذا وجه قول الجمهور في أن النسب يثبت بما تأتي به الامة بمجرد وطئها وهو أنه لما ثبت النسب بعقد البالغ حتى ثبت نسب ما تأتي به المنكوحة به بعد العقد وان لم يعلم الوطء لوجوده بعد المفضي الى الولد فثبوته بعد وطء البالغ وانه أكثر افضاء الى وجود الولد أولى وانما قيدنا بالبالغ لان الزوج الصبي لا يثبت به نسب وان كان بعقد وضع للولد (ولنا أن وطء الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع) من قصده وهو سقوط تقومها عند أبي حنيفة ونقصانه عندهما فكان الظاهر عدم قصده فكان الظاهر العزل وبه يندفع ما قيل فلا يلزمه بمجرد الوطء وما قيل الوطء قد يقصد به وقد لا يقصد به فلا يتعين عدمه قلنا ولا يتعين وجوده كما قلتم فيبقى على الاصل من العدم * واعلم أن أصل دليلهم فيه المنقول من حديث عائشة رضي الله عنها قالت اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني في ابن وليدة زمعة فقال سعد يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص عهد الي أنه ابنه انظر الى شبهه وقال عبد بن زمعة هذا أخي يا رسول الله ولد على فراش أبي فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم الى شبهه فرأى شبها بينا بعتبة فقال هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر واحتجبي منه يا سودة فلم تره سودة قط رواه الجماعة الا الترمذي وأجيب بأنه صلى الله عليه وسلم انما قضى به لعبد بن زمعة على أنه عبد له ورثه لا على أنه أخوه ولذا قال هو لك ولم يقل هو أخوك وقال احتجبي منه يا سودة ولو كان أخالها بالشرع لم يجب احتجابها منه فهذا دفع بانتفاء لازم الاخوة شرعا والاول باللفظ نفسه ويدفع الاول بأن في رواية أخرى هو أخوك يا عبد وأما الامر بالاحتجاب فلما رأى من الشبه البين بعتبة ويدفع الاول بأن هذه الرواية حينئذ معارضة لرواية هو لك وهي أرجح لانها المشهورة المعروفة فلا تعارضها الشاذة والشبه لا يوجب احتجاب أخته شرعا منه والا لوجب الآن وجوبا مستمرا أن كل من أشبه غير أبيه الثابت نسبه منه يجب حكما للشبه احتجاب أخته وعمته وجدته لابيه منه وهو منتف شرعا وإذن قوله الولد للفراش ينتفي به نسبه عن سعد

وقوله (ولا يثبت نسب ولدها) أي ولد الامة رجوع الى ما ابتدأ به أول الباب بقوله اذا ولدت الامة من مولاها لما أن ولد أم الولد يثبت نسبه من غير دعوة على ما يجيء في قوله فان جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه بغير اقرار وحكم المدبرة كحكم الامة في أنه لا يثبت النسب منها دون دعوة المولى وقوله (الا أن يعترف به) أي بالولد والاعتراف بالوطء غير ملزم (وقال الشافعي يثبت نسبه منه وان لم يدع لانه لما ثبت النسب بالعقد) أي بالنكاح الذي هو مفض الى الوطء (فلأن يثبت به وهو أكثر إفضاء أولى ولنا أن وطء الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه) أي عن طلب الولد وهو سقوط التقوم عنده ونقصان القيمة عندهما أو عدم نجابة أولاد الاماء عندهم (فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطء) فانه لا يثبت النسب فيه بغير الدعوة (بخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا منه فلا حاجة الى الدعوة) لا يقال النسب باعتبار الجزئية أو بما وضع لها والقصد وعدمه لا مدخل له في ذلك لانا نقول لو كان ذلك مداره لثبت من الزاني وليس كذلك وانما النظر الى الموضوعات الاصلية والعقد موضوع لذلك فلا يحتاج الى الدعوة ووطء الامة ليس بموضوع لها فيحتاج اليها

(فان جاءت بعد ذلك بولد ثبت نسبه بغير اقرار) معناه بعد اعتراف منه بالولد الاول لانه بدعوى الولد الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا كالمعقودة (الا أنه اذا نفاه ينتفى بقوله) لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفى الولد بنفيه الا باللعان لتأكد الفراش حتى لا يملك ابطاله بالتزويج

بأنه ابن أخيه وعن عبد بأنه أخوه يعنى أن الولد للفراش ولا فراش لواحد من عتبة وزمعة فهو حينئذ عبد لك يا عبد ميراث لك من أبيك * واعلم أنه روى عند الامام أحمد أما الميراث فله وأما أنت فاحتجبى منه فانه ليس لك بأخ فتصريحه بأنه ليس أخاها يفيد أنه ليس أخا لعبد بن زمعة وبه تقوى معارضة رواية هو أخوك وقوله أما الميراث فله يفيد أنه أخوهما فاما أن يحكم بضعف الحديث لتدافع معناه أو يجمع بأن المثبت الاخوة الشرعية والمنفى الاخوة الحقيقية وهو أن يخلقا من ماء رجل واحد وان الحكم الشرعى فى عدم الاحتجاب أن يترتب على الاخوة بمعنى التخلق من ماء شخص واحد مع ثبوت النسب منه الا أن هذا يتعذر الوقوف عليه فاعتبر ثابتا بثبوت النسب مالم يعارضه شبه غير المنسوب كما هو فى الصورة المروية ثم يجعل هذا اذ ليس حكما مستمرا على ماذكرنا خاصا بأزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم لان حجابهن منيع وقد قال تعالى لهن لستن كأحد من النساء وعلى هذا يجب حمل الوليدة على انها كانت ولدت لزمعة قبل ذلك ويكون قوله الولد للفراش يعنى أم الولد وحينئذ فقوله هو لك أى مقضى به لك ويكون المراد أنه أخوك كما هو الرواية الاخرى وأما مانقل عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال ما بال رجال يطؤن ولائدهم ثم يعتزلونهن لا تأتينى وليدة يعترف سيدها أنه قد ألم بها الا ألحقت به ولدها فاعتزلوا بعد ذلك أو اتركوا رواه الشافعى فعارض بما روى عن عمر أنه كان يعزل عن جارية فجاءت بولد أسود فشق عليه فقال ممن هو فقالت من راعى الابل فحمد الله وأثنى عليه ولم يلتزمه وأسند الطحاوى عن عكرمة عن ابن عباس أنه كان يأتى جارية فحملت فقال ليس منى انى أتيتها اتيانا لا أريد به الولد وعن زيد ابن ثابت أنه كان يطأ جارية فارسية ويعزل عنها فجاءت بولد فأعتق الولد وجلدها وعنه أنه قال لها ممن حملت فقالت منك فقال كذبت ماوصل اليك ما يكون منه الحمل ولم يلتزمه مع اعترافه بوطئها والمروى عن عمر من قوله انه يلحق بالواطئ مطلقا جاز لكونه علم من بعضهم انكار من يجب عليه استلحاقه وذلك أنا بينا أن الواطئ اذا لم يعزل وحصنها وجب عليه الاعتراف به فقد يكون علم من الناس انكار أولاد الاماء مطلقا فقال لهم انى ملحق بكم اياهم مطلقا وأما من علم منه الاعتدال فى الامر بأن يعترف بمن يجب عليه الاعتراف به وينفى من يجب عليه نفيه أو يجوز فانه لا يتعرض له (قوله فان جاءت بعد ذلك) أى بعد أن اعترف بولدها الاول (بولد ثبت نسبه بغير اقرار) لانه بالاعتراف بالولد الاول تبين كون الولد مقصودا من الوطء فصارت فراشا وبهذا تبين أن الاولى فى تعريف الفراش كون المرأة مقصودا من وطئها الولد ظاهرا كما فى أم الولد فانه اذا اعترف به ظهر قصده الى ذلك أو وضعا شرعيا كالمنكوحة وان لم يقصد الولد يثبت نسب ما تأتى به فانها حينئذ تكون متعينة لثبوت نسب ما تأتى به وهو الذى عرفوا به الفراش وظهر أن ليس الفرش ثلاثة كما تقدم فى فصل المحرمات بل فراشان قوى وهو فراش المنكوحة وضعيف وهو فراش أم الولد بسبب أن ولدها وان ثبت نسبه بلا دعوة ينتفى نسبه بمجرد نفيه بخلاف المنكوحة لا ينتفى نسب ولدها الا باللعان وقد صرح المصنف فيما تقدم فقال لان الامة ليست بفراش لولاها وذلك لعدم صدق حد الفراش عليها وهو كون المرأة متعينة لثبوت نسب ما تأتى به أو كونها يقصد بوطئها الولد الى آخر ماقلناه ومن الدلالة على ضعفه كونه يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة وعلى هذا ينبغى أنه لو اعترف فقال كنت أطأ بقصد الولد عند مجيئها بالولد أن يثبت نسب ما أتت به وان لم يقل هو ولدى لان ثبوته بقوله هو ولدى بناء على أن وطأه حينئذ بقصد الولد وعلى هذا قال بعض فضلاء الدرس ينبغى أنه اذا أقر أنه

كان

(فان جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه من غير اقرار اذا كان قد اعترف بالولد الاول لانه بدعوى الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا كالمعقودة الا أنه اذا نفاه ينتفى بقوله) من غير لعان مالم يقض القاضى به أو لم تطاول المدة فأما بعد قضاء القاضى فقد ألزمه به على وجه لا يملك ابطاله وكذلك بعد التطاول لانه يوجد منه دليل الاقرار فى هذه المدة من قبول التهنئة ونحوه وذلك كالتصريح بالاقرار واختلافهم فى مدة التطاول قد سبق فى اللعان وقوله (لان فراشها ضعيف) واضح

وهـذا الذى ذكرناه حكم فأما الديانة فان كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه أن يعترف به ويدعى لان الظاهر أن الولد منه وان عزل عنها أولم يحصنها جازله أن ينفيه لان هذا الظاهر يقابله ظاهر آخر هكذا روى عن أبي حنيفة رحمه الله وفيه روايتان أخريان عن أبي يوسف وعن محمد رحمهما الله ذكرناهما فى كفاية المنتهى

كان لا يعزل عنها وحصنها أن يثبت نسبه من غير توقف على دعواه وان كان يوجب عليه فى هذه الحالة الاعتراف به فلا حاجة الى أن يوجب عليه الاعتراف ليعترف فيثبت نسبه بل يثبت نسبه ابتداء وأظن أن لا بعد فى أن يحكم على المذهب بذلك وفى المبسوط انما يملك نفيه أى نفى ولد أم الولد اذا لم يقض القاضى به أولم يتطاول الزمان فأما بعد القضاء فقد لزمه بالقضاء فلا يملك ابطاله والتطاول دليل اقراره لانه يوجد منه فيها دليل اقراره من قبوله التهنئة ونحوه فيكون كالتصريح باقراره واختلافهم فى التطاول سبق فى اللعان هذا وانما يثبت نسب ما تأتى به فى حال حل وطئها له بعد الولد أما لو عرض بعده حرمة مؤبدة بان وطئها أبو سيدها أو ابنه أو وطئ السيد أمها أو ابنتها أو حرمت عليه برضاع أو بكتابة فانه لا يثبت نسبه منه الا باستلحاقه ولا يخفى أنه يجب أن يفصل بين أن تأتى به لاقل من ستة أشهر من حين عروض الحرمة أو لتمامها ففى الاول يجب أن يثبت نسبه بلا دعوة للتيقن بان العلوق كان قبل عروض الحرمة ولو أعتقها ثبت نسب ولدها منه الى سنتين من يوم الاعتاق وكذا اذا مات لانها معتدة ولا يملك نفيه لان فراشها تأكد بالحرية حتى لا يملك نقله فالتحق بفراش المنكوحة فى العدة بخلاف ما لو عرضت الحرمة بحيض أو نفاس أو صوم أو احرام حيث يثبت نسبه بالسكوت لان الفعل لم يحرم مطلقا ولا متعلقا باختيارها بل مع ذلك العارض الذى عرض لا باختيارها المنقضى عادة بلا اختيارها (قوله وهذا الذى ذكرناه) يعنى من عدم لزومه الولد وان اعترف بالوطء ما لم يدعه (حكم) أى فى القضاء يعنى لا يقضى عليه بثبوت نسبه منه بلا دعوة فاما الديانة فيما بينه وبين ربه تبارك وتعالى فالمروى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه ان كان حين وطئها لم يعزل عنها وحصنها عن مظان ريبة الزنا يلزمه من قبل الله تعالى أن يدعيه بالاجماع لان الظاهر والحالة هذه كونه منه والعمل بالظاهر واجب وان كان عزل عنها حصنها أولا أولم يعزل ولكن لم يحصنها فتركها تدخل وتخرج بلا رقيب مأمون جازله أن ينفيه (لان هذا الظاهر) وهو كونه منه بسبب أن الظاهر عدم زنا المسلمة (يقابله) أى يعارضه (ظاهر آخر) وهو كونه من غيره لوجود أحد الدليلين على ذلك وهما العزل أو عدم التحصين وبهذا ظهر ان لفظة أو فى قوله وان عزل عنها أولم يحصنها أولى من الواو لتنصيصها على المراد وصرح فى المبسوط بذلك حيث قال فاما اذا عزل عنها أولم يحصنها فله أن ينفيه اهـ ولا شك فى أن كونه من غيره عند ضبطه العزل ظاهر وأما ظهور كونه من غيره اذا أفضى اليها ولم يعزل عنها فمحل نظر بل أورد أن المصنف علل وجوب الغسل بالتقاء الختانين من غير انزال بأنه سبب الانزال ونفسه يتغيب عن بصره وقد يخفى عليه لقلته فيقام مقامه فيقتضى هذا ثبوت النسب بعد الوطء وان لم ينزل والا تناقض ولا يخفى أنه لا أحد يقول بثبوت نسب ما تأتى به الامة بمجرد غيبوبة الحشفة بلا انزال بل أنه يثبت عزل عنها أولم يعزل وهذا فرع الانزال وحينئذ فالمذكور فى الغسل بيان حكمة النص فانه قد نص على ايجاب الغسل بمجرد الايلاج فظهر من الشرع فيه غاية الاحتياط ولم يثبت من الشرع مثله فى الاستلحاق بل لا يجوز أن يستلحق نسب من ليس منه كما لا يجوز أن لا يستلحق نسب من هو منه فكان أمر الاستلحاق مبنيا على اليقين أو الظهور الذى لا يقابله ما يوجب شكا (قوله وفيه روايتان أخريان عن أبي يوسف وعن محمد)

قوله (وهذا الذى ذكرناه) أى عدم ثبوت نسب ولد الامة بدون الدعوة (حكم) قضاء القاضى (فأما الديانة) يعنى فيما بينه وبين الله تعالى فالاعتراف به والدعوى ان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها والمراد بالتحصين هو أن يحفظها عما يوجب ريبة الزنا وقوله (لان هذا الظاهر) وهو أن الولد منه عند التحصين وعدم العزل (يقابله) أى يعارضه (ظاهر آخر) وهو العزل أو ترك التحصين وقوله (وفيه روايتان أخريان) فى بعض النسخ أخروان وليس بصحيح وقوله (عن أبي يوسف وعن محمد) قيل فائدة تكرار عن دفع وهم من يتوهم أن الروايتين عنهما باتفاقهما فانه ليس كذلك وانما عن كل واحد منهما رواية تخالف رواية الآخر فأما رواية أبي يوسف فهى أنه اذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه أن يدعيه سواء عزل عنها أولم يعزل حصنها أولم يحصنها تحسينا للظن بها وحملا لامرها على الصلاح ما لم يتبين خلافه وأما رواية محمد فهى أنه لا ينبغى له أن يدعيه اذا لم يعلم أنه منه ولكن ينبغى له أن يعتق الولد ويستمتع بها ويعتقها بعد موته لان استلحاق نسب ليس منه لا يحل شرعا فيحتاط من الجانبين وذلك فى أن لا يدعى النسب ولكن يعتق الولد ويعتقها بعد موته لاحتمال أن يكون منه وما ذكره أبو حنيفة هو الاصل لانه اذا وطئها ولم يعزل وحصنها فالظاهر أن الولد منه فيلزمه أن يدعى وان لم يحصن أو عزل فقد وقع الاحتمال فلا يلزمه الاعتراف بالشك

(قوله وقوله لان هذا الظاهر) أقول المراد هو كونه منه بسبب أن الظاهر عدم زنا المسلمة يعارضه ظاهر آخر وهو كونه من غيره لوجود أحد الدليلين وأما ما ذكره الشارح ففيه ما لا يخفى.

(فان زوجها فجاءت بولد فهو فى حكم أمه) لان الاوصاف القارة فى الامهات تسرى الى الاولاد والنسب يثبت من الزوج لان الفراش له
بالنكاح وان كان النكاح فاسدا بعد ما اتصل به الدخول لان الفاسد ملحق بالصحيح فى حق الاحكام ومن الاحكام ثبوت
النسب وعدم جواز البيع والوصية واذا كان الفاسد منه ملحقا بالصحيح كان أقوى من فراش أم الولد وقوله (ولو ادّعاه المولى) معناه اذا زوج المولى أمته فولدت فادعاه المولى لا يثبت النسب منه لانه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد وتصير أمه أم ولد له لاقراره وانما فسرنا كلامه بذلك ليستقيم قوله وتصير أمه أم ولد له لان أمومية أم الولد ثابتة قبل هذه الدعوة فلا يستقيم حينئذ قوله وتصير أمه أم ولد له هكذا نقل عن فوائد مولانا حميد الدين الضرير فان قيل ينبغى أن لا تصير أمه أم ولد لمولاه لان أمية الولد مبنية على ثبوت النسب بدعوة الولد فاذا لم يثبت الاصل منه كيف يثبت الفرع أجيب بأن مجرد الاقرار بالاستيلاد كاف لثبوته وان كان ذلك الاقرار فى ضمن شئ لم يثبت ذلك الشئ لمصادفة اقرار المولى فى محله وهو الملك وهذا الاحتمال أن يكون الولد ثابت النسب من المولى بعلوق سبق النكاح أو بشبهة بعد النكاح الا أن هذا الاحتمال غير معتبر فى حق النسب لثبوت النسب من الزوج واستغنائه
عن النسب فبقى معتبرا فى حق الام لاحتياجها الى أن تصير أم ولد قال (واذا مات المولى عتقت من جميع المال) سواء
كان زوجها أولا لما رواه محمد بن الحسن من حديث سعيد بن المسيب ان

(فان زوجها فجاءت بولد فهو فى حكم أمه) لان حق الحرية يسرى الى الولد كالتدبير ألا ترى أن ولد الحرة حر وولد القنة رقيق والنسب يثبت من الزوج لان الفراش له وان كان النكاح فاسدا اذ الفاسد ملحق بالصحيح فى حق الاحكام ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد وتصير أمه أم ولد له لاقراره (واذا مات المولى عتقت من جميع المال) لحديث سعيد بن المسيب

ذكرهما فى المبسوط فقال وعن أبى يوسف اذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه أن يدعيه سواء عزل عنها أو لم يعزل حصنها أو لم يحصنها تحسينا للظن بها وحملا لامرها على الصلاح ما لم يتبين خلافه وهذا كمذهب الشافعى والجمهور لان ما ظهر سببه يكون محالا به عليه حتى يتبين خلافه وعن محمد لا ينبغى أن يدعى ولدها اذا لم يعلم أنه منه ولكن ينبغى أن يعتق الولد وفى الايضاح ذكرهما بلفظ الاستحباب فقال قال أبو يوسف أحب أن يدعيه وقال محمد أحب أن يعتق الولد فهذا يفيد الاستحباب وعبارة المبسوط تفيد الوجوب (قوله فان زوجها المولى فجاءت بولد) يعنى من الزوج (فهو فى حكم أمه) حتى لا يجوز للسيد بيعه ولا هبته ولا رهنه ويعتق بموته من كل المال ولا يسعى لاحد وله استخدامه واجارته الا أنه اذا كان جارية لا يستمتع بها لانه وطئ أمها وهذه إجماعية وهى واردة على اطلاقه حيث قال هو فى حكم أمه وهذا لان الصفات القارة فى الامهات تسرى الى الولد لانه جزؤها فيحدث الولد على صفتها كالتدبير ولهذا كان ولد القنة قنا وولد الحرة حرا وان كان أبوه بخلافه ولو ادّعاه لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من الزوج لان فراشه أقوى وان كان النكاح فاسدا فانه يلحق بالصحيح فى حق الاحكام وهذا اذا اتصل به الدخول والنسب لا يتجزأ ثبوتا فلا يثبت من المولى والاوجه الاقتصار على قوة الفراش فلا يثبت معه المرجوح والا فالولد يثبت من اثنين كما سيذكر وقول المصنف لان الفراش له يقتضى أن لا فراش للمولى حال كونها زوجة للغير أصلا وهذا اذا جاءت به لستة أشهر من النكاح فان جاءت به لاقل فهو ابن للسيد والنكاح فاسد ويستحب بل يجب أن لا يزوجها حتى يستبرئها بحيضة احتياطا ولو لم يفعل صح النكاح ويثبت نسب الولد من الزوج ثم يعتق بدعوة المولى وان لم يثبت نسبه منه لاقراره بحريته حيث اعترف بأنه ابنه فان ابنه من أمته يعلق حرا كما تقدم غير أنه عارضه فى ثبوت النسب منه معارض أقوى منه فلم يثبت نسبه به ولم يعارضه فى ثبوت الحرية به ذلك فأخذ بزعمه ولم يستحسن قول المصنف وتصير أم ولد له لان الكلام فى تزويج أم الولد وانما يستحسن لو كان فى تزويج الامة التى ليست أم ولد كالصورة المذكورة فى المبسوط زوج أمته من عبده فولدت فادعاه لا يثبت نسبه منه ولكن تصير أم ولد له تعتق بموته لانه أقر لها بحق الحرية وقد تكلف له أن قوله وولد القنة قن ابتداء وما بعده بناء عليه فكأنه قال ولد القنة قن ونسبه يثبت من الزوج اذا زوجها مولاها وحينئذ يستقيم الا أنه خلاف الظاهر لانه انما ذكر لبيان سراية وصف الام الى الولد فيكون ابن أم الولد بمنزلتها (قوله ويعتق الولد) أى ولد أم الولد المزوجة الذى ادّعاه يعتق لانه ملكه وهو يزعم أنه ابنه (وتصير أمه أم ولد له) تعتق بموته لانه أقر لها بحق الحرية حيث ادّعى أن ولدها منه وعتق الولد ظاهر بل قد اعترف بأنه علق الولد حرا من الاصل فان قيل فكيف تثبت أمومية الولد مع عدم ثبوت النسب وهى مبنية عليه أجيب بان مجرد الاقرار بالاستيلاد كاف لثبوت الاستيلاد وان كان فى ضمن ما لم يثبت وهذا ما تقدم وعده مع أن احتمال كونه من السيد قائم لجوازه بوطء قبل النكاح الا أنه لم يظهر هذا الاحتمال فى حق ثبوت النسب لثبوته من الزوج فبقى معتبرا فى الام لحاجتها الى الامومية الموصلة الى العتق (قوله واذا مات المولى عتقت) يعنى أم الولد (من جميع المال لحديث سعيد بن المسيب

أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بعتق أمهات الاولاد وأن لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث) ومعنى قوله أمر حكم لا الامر المصطلح فانهن يعتقن بعد الموت كما تقدم وانما ذكر الدين نفيا للسعاية للغرماء والورثة ولا يجعلن من الثلث تأكيد لانه فهم ذلك من قوله وأن لا يبعن في دين ولان الحاجة الى الولد أصلية لان الانسان يحتاج الى ابقاء نسله كما أنه يحتاج الى ابقاء نفسه وكل ما كان من الحوائج الاصلية يقدم على حق الورثة والغرماء كالتجهيز والتكفين (بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج) (٤٤٩) وقوله (ولا سعاية عليها) أي على أم الولد (في دين المولى للغرماء لما بينا) أن الحاجة الى الولد أصلية الخ وفي بعض النسخ لما روينا يعني من حديث سعيد بن المسيب ووجه ذلك أنه لما قال ولا يبعن دل على انتفاء المالية واذا عدمت ماليتها لم يبق عليها سعاية وقوله (ولانها) يعني أم الولد (ليست بمال متقوم) حتى لو غصبها رجل وماتت عنده لا يضمنها الغاصب عند أبي حنيفة لان ماليتها غير متقومة عنده وقد تقدم (فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص) فان من له القصاص اذا مات وهو مديون ليس لارباب الديون أن يأخذوا من عليه القصاص بدينهم ويستوفوا منه ديونهم بمقابلة ما وجب عليه القصاص من مديونهم لان القصاص ليس بمال متقوم حتى يأخذوا منه بمقابلته شيأ متقوما وكذا اذا قتل المديون شخصا لا يقدر الغرماء على منع ولي القصاص من استيفاء القصاص وكذا اذا قتل رجل مديونا والمديون قد عفا لا يقدر الغرماء على منع المديون عن العفو (واذا أسلمت أم ولد

النصراني فعليها أن تسعى في قيمتها) وهي ثلث قيمتها قنة على ما تقدم وكلامه واضح واستشكل القول بالسعاية عليها عند أبي حنيفة مع أن مالية أم الولد غير متقومة عنده فان القول بالسعاية قول بالتقوم اذ السعاية بدل ما ذهب من ماليتها

أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بعتق أمهات الاولاد وأن لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث ولان الحاجة الى الولد أصلية فتقدم على حق الورثة والدين كالتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج (ولا سعاية عليها في دين المولى للغرماء) لما روينا ولانها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن بالغصب عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص بخلاف المدبر لانه مال متقوم (واذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسعى في قيمتها) وهي بمنزلة المكاتب لا تعتق حتى تؤدي السعاية

أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بعتق أمهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث) وفي نسخة مكان لا يبعن لا يسعين وهو الموافق لتعليله ولا سعاية الخ بقوله (لما روينا) أي لانه صلى الله عليه وسلم نفى السعاية عنها حيث قال وان لا يسعين وما قيل وان لا يبعن يدل على عدم وجوب السعاية لان عدم جواز البيع يدل على عدم المالية الخ منقوض بالمدبر ثم لم يعرف هذا الحديث والشيخ جمال الدين الزيلعي بعد ذكره أنه غريب قال وفي الباب أحاديث وساق كثيرا مما قدمناه مما ليس فيه زيادة على أنها لا تملك وتعتق بالموت ولا يخفى أن كلها في غير المقصود فان المقصود أنها تعتق من كل المال وليس في شئ منها ذلك فان عتقها لا يستلزم كونه من كل المال كالمدبر يعتق بالموت ولا يكون من كله وقد رواه عبد الملك بن حبيب المالكي في كتابه عن سعيد بن المسيب الا أن جماعة تكلموا في عبد الملك (قوله ولان الحاجة الى الولد أصلية) كحاجته الى الاكل أي وحاجته الى أمه مساوية لحاجته الى الولد ولهذا جاز استيلاده جارية ابنه بغير اذنه لحاجته الى وجود نسله كما جاز له أكل ماله للحاجة وحاجته الاصلية مقدمة على الدين فلا تسعى للغرماء وعلى الارث فلا تسعى للورثة فيما زاد على الثلث اذا لم تخرج منه فصار اعتاقها كالدفن والتكفين (بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج) لا من الاصلية اذ ليس ثم نسب ولد يتبعه أمومة فلا يقدم عتق المدبر على الدين ولا على حق الورثة فيعتق من الثلث فان لم يسعه سعى في باقي قيمته ولو كان دين السيد مستغرقا سعى في كل قيمته على ما سلف (قوله ولانها) أي أم الولد (ليست بمال متقوم) عند أبي حنيفة على ما تقدم (حتى لا تضمن بالغصب عنده) يعني اذا ماتت عند الغاصب حتف أنفها بخلاف المدبر اذا مات عند الغاصب فانه يضمن وكذا لا تضمن بالقبض في البيع الفاسد ولا بالاعتاق بان كانت أم ولد بين اثنين فأعتقها أحدهما لا يضمن لشريكه شيأ ولا تسعى هي في شئ أيضا وعندهما تضمن في ذلك كله بخلاف المدبر وانما تضمن بما يضمن به الصبي الحر عند أبي حنيفة بان ذهب بها الى طريق فيها سباع فأتلفتها وأجمعوا أنها تضمن بالقتل لانه ضمان دم واذا لم تكن مالا متقوما (لا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص) يعني اذا مات من له القصاص وهو مديون فليس لاصحاب الديون أن يطالبوا من عليه القصاص بدينهم لان القصاص ليس مالا متقوما حتى يأخذوا بمقابلته ما وجب عليه من القصاص مالا وقيل معناه اذا قتل المديون شخصا لا يقدر الغرماء على منع ولي القصاص من قتله قصاصا وقيل معناه اذا قتل رجلا مديونا وعفا المديون قبل موته صح وليس لارباب الديون أن يمنعوه من العفو وقيل اذا قتل شخص من وجب عليه القصاص لا يضمن القاتل لولي القصاص شيأ لانه ليس حقا ماليا والاقرب المتبادر الاول (قوله واذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسعى في قيمتها) يعني اذا أسلمت فعرض الاسلام على مولاها فأبى فانه

(قوله وانما ذكر الدين نفيا للسعاية الخ) أقول فيه أنه ليس في السعاية بيع فلا يفيد تنكير الدين ما ذكره نعم لو كان التعبير لا يسعين لتم ما ذكره (قوله ولا يجعلن من الثلث الخ) أقول ممنوع فان المدبر لا يباع في دين ويجعل من الثلث (قوله واذا عدمت ماليتها لم يبق عليها سعاية) أقول منقوض بالمدبر فانه لا يباع للحديث ويسعى كما مر

وقال زفر رحمه الله تعتق فى الحال والسعاية دين عليها وهذا الخلاف فيما اذا عرض على المولى الاسلام فأبى فان أسلم تبقى على حالها له أن ازالة الذل عنها بعد ما أسلمت واجبة وذلك بالبيع أو الاعتاق وقد تعذر البيع فتعين الاعتاق ولنا أن النظر من الجانبين فى جعلها مكاتبة لانه يندفع الذل عنها بصيرورتها حرة يدا والضرر عن الذمى لانبعاثها على الكسب نيلا لشرف الحرية فيصل الذمى الى بدل ملكه أما لو أعتقت وهى مفلسة تتوانى فى الكسب ومالية أم الولد يعتقدها الذمى متقومة فيترك وما يعتقده ولانها ان لم تكن متقومة فهى محترمة وهذا يكفى لوجوب الضمان كما فى القصاص المشترك اذا عفا أحد الاولياء يجب المال للباقين (ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية) لانها أم ولده ولو عجزت فى حياته لا ترد قنة لانها لو ردت قنة أعيدت مكاتبة لقيام الموجب (ومن استولد أمة غيره بنكاح ثم ملكها صارت أم ولده) وقال الشافعى رحمه الله لا تصير أم ولده

يخرجها القاضى عن ولايته بان يقدر قيمتها فينجمها عليها فتصير مكاتبة الا أنها لا ترد الى الرق ولو عجزت نفسها لانها لو ردت الى الرق ردت الى الكتابة لقيام اسلامها وهو الموجب فلا فائدة فى اثبات حكم التعجيز وعلى هذا اذا أسلم مدبر النصرانى وتسميته مثل هذا دورا على التشبيه والا فاللازم ليس الا ما ذكرنا من عدم الفائدة وهذا بحسب الظاهر أنها لا تقدر الا كذلك والا لو وجدت المال فى الحال لم يحتج الى ذلك (وقال زفر تعتق للحال) أى لحال اباء مولاها الاسلام (والسعاية دين عليها) تطالب بها وهى حرة فان أسلم عند العرض فهى على حالها بالاتفاق بخلاف ما لو أسلم بعده وقال مالك والظاهرية تعتق مجانا وقال الشافعى وأحمد يحال بينهما فلا يمكن من الخلوة بها فضلا عن انتفاع من الانتفاعات ويجبر على نفقتها الى أن يموت فتعتق بموته أو يسلم فتحل له وجه قول زفر أن النظر ودفع الضرر عن الذمى واجب لذمته وعن المسلم لاسلامه وذلك فى اعتاقها بالقيمة له بخلافه مجانا كما قال مالك فانه اهدار ما يجب له من النظر اذا أمكن وأما قول الشافعى ففيه زيادة اضرار به من ايجاب النفقة بلا انتفاع مع امكان دفعه عنه قلنا الامر كما ذكرت غير أن قولنا أدفع للضرر عنه وعنها فانه لا يصل الى البدل عقيب عتقها لانها تعتق مفلسة وربما تتوانى فى الاكتساب اذا كان مقصود العتق قد حصل لها قبله فيتضرر الذمى بذلك وتتضرر هى بشغل ذمتها بحق ذمى وربما تموت قبل ايفائها حقه وقد قال علماؤنا خصومة الذمى والدابة يوم القيامة أشد من خصومة المسلم بخلاف ما اذا وقف عتقها على الاداء فانه حامل على الايفاء فكان اعتبارنا أولى اذ كان أنظر للجانبين وقوله (ومالية أم الولد الخ) جواب سؤال يرد على أبى حنيفة فى قوله بنفى مالية أم الولد وهو أنها كيف تسعى فى قيمتها ولا قيمة لها لانتفاء المالية عندك فقال الذمى يعتقد تقومها (فيترك وما يعتقده) أى مع ما يعتقده ولانا أمرنا بذلك فقد أمرنا باعتبارها متقومة فى حقه وقد تقدم ان قيمة أم الولد ثلث قيمتها قنة مع الخلاف فيه ولو سلم أنها ليست متقومة مطلقا فهى محترمة وهذا يكفى لايجاب الضمان وان لم يكن المضمون مالا كما فى القصاص المشترك بين مستحقين اذا عفا أحد الاولياء المستحقين له يجب المال للباقين لانه احتبس نصيبهم عند القاتل بعفو من عفا وليس نصيبهم حقا ماليا بل حق محترم فيلزمه بدله بمنزلة ازالة ملكه بلا بدل فيتضرر الذمى الا أن هذا الوجه استلزم التضمين بغصب المنافع وغصب أم الولد حيث اعتبر للضمان مجرد الاحترام ووجه أيضا أن بدل الكتابة بمقابلة ما ليس بمال وهو فك الحجر فلم تدل السعاية على تقوم أم الولد وأنت سمعت فى العتق على جعل وجه كون ذلك المال عند أبى حنيفة بدل ما هو مال فارجع اليه وان كونه بدل ما ليس بمال قول محمد (قوله واذا مات مولاها النصرانى عتقت) وسقطت عنها السعاية (لانها أم ولد له) (قوله ومن استولد أمة غيره بنكاح) يعنى تزوج أمة لغيره فولدت له (ثم ملكها صارت أم ولد) بذلك الولد الذى ولدته بعقد النكاح ولو كان نكاحا فاسدا وهو قول أحمد فى رواية (وقال الشافعى لا تصير أم ولده)

قوله (ومالية أم الولد يعتقدها الذمى متقومة فيترك وما يعتقده) جواب عن هذا الاشكال وقوله (ولانها) يعنى مالية أم الولد (ان لم تكن متقومة فهى محترمة وهذا) أى كونها محترمة (يكفى لوجوب الضمان) جواب آخر لذلك الاشكال واعترض عليه بأن الاحترام لو كان كافيا لوجوب الضمان لوجب على غاصب أم الولد وأجيب بأن مبنى الضمان فى الغصب على المماثلة ولا مماثلة بين ماليتها لانتفاء تقومها وبين ما يضمن به من المال المتقوم وهذا على طريقة تخصيص العلل وقد تقدم الكلام فى مثله وقوله (كما فى القصاص المشترك) يعنى اذا كان القصاص مشتركا بين جماعة وعفا أحدهم يجب المال للباقين وان لم يكن القصاص مالا متقوما لكنه حق محترم فجاز أن يكون موجبا للضمان لاحتباس نصيب الآخرين عنده بعفو أحدهم (ولو مات مولاها) وهو النصرانى (عتقت بلا سعاية لانها أم ولد ولو عجزت فى حياته لا ترد قنة لانها لو ردت قنة أعيدت مكاتبة لقيام الموجب) وهو اسلامها مع كفر مولاها

وقوله (ولو استولدها) صورة المسئلة ظاهرة وتقرير وجه الشافعي هذه علقت برقيق وهو ظاهر ومن علقت برقيق لا تصير أم ولد لمن علقت منه لان أمومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة أي في حالة العلوق والجزء لا يخالف الكل وفي صورة النزاع ليس كذلك لان الام رقيقة لمولاها في تلك الحالة أي في حالة العلوق فلو انعلق الولد حرا كان الجزء مخالفا للكل وقوله كما اذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني انها لا تكون أم ولد لكون العلوق ليس من مولاها قيل في كلامه تسامح لان

ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير أم ولد له عندنا وله فيه قولان وهو ولد المغرور له انها علقت برقيق فلا تكون أم ولد له كما اذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني وهذا لان أمومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل ولنا أن السبب هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد الى كل واحد منهما كملا وقد ثبت النسب

وهو قول مالك وعلى هذا الخلاف لو جاءت به من وطء بشبهة فملكها ثم عندنا تصير أم ولد له من وقت ملكها الا من وقت العلوق وعند زفر من وقت ثبوت النسب منه لان أمومية الولد عنده الملك بالعلوق السابق فبعد ذلك العلوق كل من ولدها ثبت له حق الحرية ونحن نقول انما ثبت فيها وصف الامية بعد الملك وان كان بأمر متقدم فقبله الولد منفصل ولا سراية في المنفصل قبل الامومة ويتفرع على هذا انه لو ملك ولدا لها من غيره قبل ان يملكها له بيعه عندنا خلافا له لانه ليس ابن أم ولده بخلاف ما لو ملك ولده منها قبل ملكها فانه يعتق عليه اتفاقا وفي المبسوط لو طلقها فتزوجت بآخر فولدت منه ثم اشترى الكل صارت أم ولد له وعتق ولده وولدها من غيره يجوز بيعه خلافا لزفر بخلاف الحادث في ملكه من غيره فانه في حكم أمه ولو استولدها بملك اليمين ثم استحقت أو بنكاح على انها حرة فظهرت أمة تصير أم ولد له عندنا وللشافعي فيه قولان في قول تصير أم ولد له وفي آخر لا تصير أم ولد له (وهو ولد المغرور) وهو حر بالقيمة يوم الخصومة (قوله له) أي للشافعي (انها علقت برقيق فلا تكون أم ولد له كما اذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني وهذا لان أمومة الولد باعتبار علوق الولد حرا) وانما قلنا ان الامومة باعتبار علوق الولد حرا (لانه جزء الام في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل) وهو حر فلا بد ان تستحق هي الحرية واعترض من قصر نظره على خصوص المذكور بأن الرق في أم الولد مستمر الى موت سيدها والولد علق حرا فقد خالف الجزء الكل وهذا لانه جزء منفصل وليس كالمتصل وتمام تقرير المذكور يدفع هذا الاعتراض وانما اقتصر المصنف اقتصارا للعلم ببقية التقرير وحاصل الوجه المذكور ان جزأها حر ومقتضاه حريتها اذ لا يخالف الجزء الكل الا أن الاتصال بعرضية الانفصال والولد وان كان جزأ حالة الاتصال لكنه جعل كشخص على حدة في بعض الاحكام حتى جاز اعتاقه دونها فثبت به حق الحرية عملا بشبهي الجزئية وعدمها المنافي منها في الحال وهذا المعنى لا يوجد اذا علقت برقيق وتأيد هذا بقوله صلى الله عليه وسلم أيما أمة ولدت من سيدها فهي حرة بعد موته وتقدم الحديث فشرط في ثبوت حق العتق ان تلد من سيدها وهذه ولدت من زوجها (ولنا ان سبب الامومة) في محل الاجماع وهو الاصل (هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل) يعني عند قوله أول الباب ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بسبب الولد (والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الى كل منهما كملا) فتثبت الجزئية بناء على ثبوت النسب فثبوت استحقاق الحرية بناء على ثبوت الجزئية الثابت بناء على ثبوت النسب وهو

قوله هذا يدل على أن علة الاستيلاد كون العلوق من مولاها ولهذا لا يثبت اذا علقت من الزنا وقوله (وهذا لان أمومية الولد باعتبار علوق الولد حرا) يدل على ان هذا هو العلة وهو المشهور عنه وذلك مغلوط للاول وهذا فاسد لان العلة هو علوق الولد حرا عنده ليس الا وفي صورة الزنا انما لم تثبت أمومية الولد لان الولد انعلق رقيقا لان المزني بها في تلك الحالة ملك مولاها (ولنا ان سبب الاستيلاد هو الجزئية الحاصلة بين الوالدين على ما ذكرنا من قبل) أول الباب حيث قال ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الى كل منهما كملا وقد ثبت النسب بالنكاح

(قال المصنف وهذا لان أمومية الولد باعتبار علوق الولد حرا) أقول قال الزيلعي ولا معتبر بما ذكر من حرية الجنين لانه لو أعتق ما في بطنها لم يثبت لها حق العتق ولا حقيقته ولو كان لاجل الاتصال لثبت اهـ وفيه بحث لان الشافعي يعتبر في أمومية الولد علوق الولد حرا وفي اعتاق الجنين علوق رقا وكم بين حال الابتداء والبقاء ثم ان المولى باعتاقه منفردا جعله شخصا على حدة وأخرجه عن حكم الجزئية فغلب جهة الانفصال على جهة الاتصال فليتأمل

فثبتت الجزئية بهذه الواسطة واذا ثبتت الجزئية ثبتت أمومية الولد وقوله (بخلاف الزنا) جواب عن قوله كما اذا علقت بالزنا لانه (لا نسب) فيه أي في الزنا (للولد الى الزانى) فلا تثبت الجزئية المعتبرة في الباب وهو الجزئية الحكمية

فتثبت الجزئية بهذه الواسطة بخلاف الزنا لانه لا نسب فيه للولد الى الزانى وانما يعتق على الزانى اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره من اشترى أخاه من الزنا لا يعتق لانه ينسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهى غير ثابتة (واذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت أم ولد له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها) وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها في كتاب النكاح من هذا الكتاب وانما لا يضمن قيمة الولد لانه انعلق حر الاصل لاستناد الملك الى ما قبل الاستيلاد

ثابت في الزوج فتثبت الامومة (بخلاف الزنا فانه لا نسب يثبت للولد من الزانى) فلا تصير الامة التى جاءت بولد من الزنا اذا ملكها الزانى أم ولد له استحسانا خلافا لزفر حيث قال تصير أم ولد له وهو القياس فان قيل فكان ينبغى أن لا يعتق الولد اذا ملكه أبوه من الزنا اذا كان لا يثبت نسبه منه أجاب بقوله (وانما يعتق على الزانى اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره) أى نظير أم الولد من الزنا حيث لا تعتق عليه لعدم انتسابه الى أبيه (من اشترى أخاه من الزنا لا يعتق) عليه لانه لا ينسب اليه بغير واسطة بل (بواسطة نسبته الى الوالد) وهى غير ثابتة حتى لو كانت ثابتة عتق كما اذا كان أخاه لامه فصار الحاصل ان الامومة تتبع ثبوت النسب عند الملك والعتق المنجز يتبع حقيقة الجزئية عند الملك أو ثبوت الانتساب اليه بواسطة ثابتة وقوله صلى الله عليه وسلم أيما أمة الحديث ليس فيه قصر الامومة على السيد بل انها تثبت منه غير متعرض لنفيها عن غيره فاذا صح تعليله بثبوت نسب ما تأتى به منه ثبتت من غيره اذا ثبت النسب منه وقد صح من الزوج فتثبت بالولادة منه وهذا الا انتفى المفهوم المخالف وهم وان أثبتوه قدموا عليه القياس فاذا صح قياس الزوج على السيد في ثبوت الامومة لزم على المذهبين الا أنه يشكل على تعليلنا ما اذا ادعى نسب ولد أمته التى زوجها من عبده فان نسبه انما يثبت من العبد لا من السيد وتصير أم ولد له وجوابه ان ثبوت الامومة لاقراره بثبوت النسب منه وان لم يصدقه الشرع فكان دائرا مع ثبوت النسب شرعا أو اعترافا ومما تنتفى فيه الامومة ما ذكر في الايضاح أمة جاءت بولد فادعاه أجنبى لا يثبت نسبه صدقه المولى أو كذبه فان ملكه المدعى عتق ولا تصير أمه أم ولد له (قوله واذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت أم ولد للاب) سواء كان الابن وطئها أولا لان حرمة الوطء لا تمنع ثبوت النسب كوطء الحائض (وعليه قيمتها) لانه ملكها قبيل الوطء بالقيمة ليقع الوطء في ملكه (وليس عليه عقرها) لسبق ملكه الوطء (ولا قيمة ولدها) لانه انعلق حر التقدم الملك على الام (وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها) في باب نكاح الرقيق من (كتاب النكاح) وللشافعى قولان أحدهما تصير أم ولد ويضمن قيمتها ومهرها وهو بناء على اثباته الملك حكما للوطء اذ لو أثبته سابقا عليه لم يتجه له ايجاب المهر والقول الآخر لا تصير أم ولد ويلزمه المهر لانه لم يملكها وهو قول أحمد وعلى هذا تستمر على ملك الابن ومذهب مالك انه يملكها بالقيمة بمجرد الوطء حملت أو لا واذا كان يملكها الا زما عرف انه لا يصح دعوة ولد مدبرة ابنه ولا أم ولده اذ لا يقبلان انتقال الملك فيهما فان كان في لفظ الجارية عرف يخرجهما فقد أخرجهما باللفظ والا فبالحكم المذكور في المسئلة وشرط صحة هذا الاستيلاد ان تكون الجارية في ملك الابن من وقت العلوق الى وقت الدعوة وان يكون الاب صاحب ولاية من ذلك الوقت الى الدعوة أيضا فلو باع الابن الجارية ثم عادت اليه بشراء أو رد وولدت لاقل من ستة أشهر منذ باعها فادعاه الاب لم تصح دعوته الا أن يصدقه الابن كما اذا ادعى الاجنبى ذلك وصدقه وكذا دعوة الجد لو كان مكان الاب وكذا لو كان الاب كافرا ثم أسلم أو عبدا فعتق أو مجنونا فأفاق فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر من الاسلام والعتق والافاقة الى الدعوة فادعاه لا تصح لعدم الولاية الا ان يصدقه أمّا

فلا تثبت أمومية الولد فان قيل لما لم يثبت النسب من الزانى فعلام يعتق عليه الولد من الزنا اذا ملكه أجاب بقوله (وانما يعتق على الزانى اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة) بخلاف أمومية الولد فانها تثبت بواسطة نسبة الولد والنسبة عن الزانى منقطعة فكان أمومية الولد من الزنا (نظير من اشترى أخاه من الزنا لا يعتق عليه لانه) أى الاخ (ينسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهى غير ثابتة) والمراد بالاخ الاخ لاب وأما الاخ لام فانه يعتق عليه اذا ملكه وان كان من الزنا لان النسبة بينهما ثابتة وقوله (واذا وطئ جارية ابنه) ظاهر

(قال المصنف فتثبت الجزئية بهذه الواسطة) أقول قال ابن الهمام يشكل على تعليلنا ما اذا ادعى نسب ولد أمته التى زوجها من عبده فان نسبه انما يثبت من العبد لا من السيد وتصير أم ولده وجوابه أن ثبوت الأمومية لاقراره بثبوت النسب منه وان لم يصدقه الشرع فكان دائرا مع ثبوت النسب شرعا أو اعترافا اهـ وفيه بحث لأن ولد الزنا كيف لا يثبت نسبه بالاعتراف وجوابه أن ذلك ثبت بالاستحسان على خلاف القياس اذ المراد بالاعتراف هو الاقرار المصادف محله وهو الملك (قال المصنف واذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه) أقول ولصحة هذه الدعوى شرائط مذكورة في شرح الكنز للزيلعى

المعتوه

(وان وطئ أبو الاب مع بقاء الاب لم يثبت النسب) لانه لا ولاية للجد حال قيام الاب (ولو كان الاب ميتا ثبت من الجد كما يثبت من الاب) لظهور ولايته عند فقد الاب وكفر الاب ورقه بمنزلة موته لانه قاطع للولاية (واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه) لانه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة أنه لا يتجزأ لما أن سببه لا يتجزأ وهو العلوق اذ الولد الواحد لا ينعلق من ماءين (وصارت أم ولده) لان الاستيلاد لا يتجزأ عندهما (وعند أبي حنيفة رحمه الله يصير نصيبه أم ولده ثم يتملك نصيب صاحبه اذ هو قابل للملك ويضمن نصف قيمتها) لانه تملك نصيب صاحبه لما استكمل الاستيلاد ويضمن نصف عقرها لانه وطئ جارية مشتركة اذ الملك يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه

المعتوه لو ادعاه بعد افاقته وقد جاءت به لاقل من ستة أشهر من افاقته ففي القياس لا تصح لعدم ولايته عند العلوق وفي الاستحسان تصح لان العته لا يبطل الحق والولاية بل يعجز عن العمل ولو كان الاب المدعي مرتدا فهي موقوفة عند أبي حنيفة رحمه الله ان عاد الى الاسلام صحت والا لا وعندهما صحيحة وهي فرع تصرفات المرتد لانه يملكها بالقيمة فكان كالبيع وهو موقوف عنده خلافا لهما وكان ينبغي ان تتوقف عندهما أيضا لان تصرف المرتد في مال ولده موقوف عندهما أيضا لكنها تضمنت التصرف في مال نفسه وفيه لا يتوقف لاسيما في النسب لانه يحتاط في اثباته فينفذ (قوله وان وطئ أبو الاب مع بقاء الاب مسلما حرا عاقلا لم يثبت النسب منه) لان شرط الصحة قيام الولاية على ما ذكرنا ولا ولاية للجد مع وجود الاب متصفا بما قلنا بخلاف ما اذا كان الاب ميتا أو حيا كافرا أو عبدا أو مجنونا فان الجد حينئذ يصح استيلاده جارية ابن ابنه لقيام ولايته في هذه الاحوال ولو كان الاب مرتدا لم تصح دعوة الجد عندهما لان تصرفات المرتد نافذة عندهما فمنعت تصرف الجد وعند أبي حنيفة موقوفة فان أسلم الاب لم تصح دعوة الجد وان مات على ردته أو لحق وقضى بلحاقه صحت ولو باع ابن الابن الجارية حاملا ثم استردها فولدت لاقل من ستة أشهر منذ باعها لم تصح دعوة الجد كما ذكرنا في الاب (قوله واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه) سواء كان في المرض أو في الصحة وكذا اذا ادعى أحدهما وأعتق الآخر معا فالدعوة أولى لتضمنها ثبوت نسب الولد دون اعتاق الآخر وسواء كان المدعي مسلما أو كافرا لانه لما ثبت النسب في نصفه المملوك له من الجارية ثبت في الباقي ولفظ في يحمل على معنى من التي لابتداء الغاية أي ثبت من نصف الامة المملوك له ولا يكون للتعليل كقوله صلى الله عليه وسلم دخلت امرأة النار في هرة أي لما ثبت نسب الولد بسبب نصفه المملوك له لان قوله ثبت في الباقي ينبو عنه وحاصل المعنى انه ثبت النسب من نصف الام فيثبت من كلها لانه أي النسب لا يتجزأ ثبوته من امرأة فثبوته من بعضها هو عين ثبوته من كلها ولا يقال سيأتي انه يثبت من رجلين بالنسبة الى امرأة واحدة لانا نقول ليس في ذلك تجزئة من امرأة لان النسب ثبت من كلها للكل منهما لا من بعضها للواحد ومن البعض الآخر للآخر وانما لا يتجزأ لان سببه وهو العلوق لا يتجزأ في امرأة بأن علق الولد من ماء رجلين على قولنا لانها اذا علقت من الاول انسد فم الرحم فلا تعلق من الآخر وعلى قول غيرنا لا يمتنع بل واقع على قول بعض مثبتي القيافة على ما سيأتي فعدم التجزي ان لا يعلق الولد بنصفها (قوله وصارت أم ولده) اتفاقا اما عندهما فلان الاستيلاد لا يتجزأ كما لا يتجزأ ثبوت النسب فلا يصير نصفها أم ولده ثم يتملك نصيب شريكه بل تصير كلها أم ولد وعنده يصير نصفها أم ولد ثم يتملك الآخر لانه قابل للنقل ولا يمتنع تجزي الامومة كما امتنع تجزي ثبوت النسب لان معنى كونها أم ولد هو ثبوت استحقاقها العتق بالموت والعتق يتجزأ عنده بمعنى زوال الملك فجازت أمومة نصفها بمعنى انه يعتق نصفها بالموت ثم يثبت حكم عتق البعض من الاستسعاء في الباقي أو اعتاقه الى آخر ما عرف لكن لما كان

وقوله (واذا كانت الجارية بين الشريكين) هذه المسئلة قد مر ذكرها في أول الباب حيث قال وكذا اذا كان بعضها مملوكا ولكن كان ذكرها هنالك من حيث ان الاستيلاد يخرج الامة الى حق الحرية قبل الموت والى حقيقتها بعده وذكرها هنا باعتبار ثبوت النسب وبيان ما أريد بعدم تجزي الاستيلاد المذكور هنالك وتملك نصيب صاحبه وضمان نصف العقر وغير ذلك مما ذكره فلا يعد تكرارا وكلامه واضح خلا ما ننبه عليه (قوله فادعاه أحدهما) لا فرق في ذلك بين الصحة والمرض وقوله (لانه لما ثبت النسب منه في نصفه الخ) يرد عليه القلب وهو أن يقال لما لم يثبت النسب منه في نصيب الشريك لمصادفته ملك غيره لا يثبت في الباقي ضرورة انه لا يتجزأ الى آخر ما ذكر في الكتاب ويجاب عنه بتغليب جانب المثبت للنسب احتياطا ألا ترى انه يسقط الحد عنه بهذا الطريق ويجب العقر فكذلك يثبت النسب منه بالدعوة وقوله (فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه) قال في النهاية هذا على اختيار بعض المشايخ وأما الاصح من المذهب فالحكم مع علته يقترنان لما عرف في أصول الفقه وأقول يجوز أن يكون مراده بالتعقب التعقب الذاتي دون الزماني وحينئذ يكون واردا على الاصح من المذهب

بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هنالك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئا ملك نفسه (ولا يغرم قيمة ولدها) لان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق فلم يتعلق شئ منه على ملك الشريك

النص المفيد لتجزي العتق أوجب ان لا يقر بعضه عتيقا و بعضه رقيقا والامومة شعبة من العتق وجب فيها اذا صار بعضها أم ولد يعني استحق بعضها العتق ان يستحقه كلها ولا يبقى بعضها رقيقا و بعضها مستحقا للعتق والحاصل ان الاتفاق على انه لا يستقر تجزيها في حق الامومة بل التجزي في الابتداء ثم يتمم للكل عنده وعندهما صارت أم ولد من أول الامر ثم لا يخفى ان تعليل تملك نصيب شريكه بانه قابل للتملك تعليل بعدم المانع وهو لا يصلح للتعليل يقال سافر للتجارة والعلم ولو قيل لامن الطريق عد جنونا وكونه أفسد نصيب شريكه بالاستيلاد لا يستلزم تعين الضمان على معنى لا يجوز تركه من الشريك بل الثابت به جواز ان يضمنه وللانسان ترك حقه وههنا لو رضي الشريك بترك تضمينه ويصير نصفها ملكه ونصفها أم ولد للآخر فلو مات المستولد يعتق نصفها ويرق نصفها الآخر أو تسعى له اذ ذلك لا يجوز فليس الموجب للنقل الا ما قلنا من النص الدال على انه اذا عتق البعض لا يبقى البعض رقيقا وألحق حق الحرية بحقيقتها وتعتبر قيمة نصفها يوم وطئها الذي علقت منه وكذا نصف العقر وانما وجب نصف عقرها على المستولد لانه وطئ جارية مشتركة لان الملك في نصف شريكه يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه وهو وان كان مقارنا للعلوق لاستناده اليه فهو مسبوق بالوطء وبابتدائه يثبت المهر فلا يسقط بالانزال فلزم سبق وجوب المهر الاستيلاد بالضرورة على كل حال فيسقط ما أصاب حصته ويضمن حصة شريكه وما قيل الاصح ان حكم العلة يقارنها في الخارج لم يختره المصنف وقد ملأ الكتاب من ذلك وأوله من باب من يجوز دفع الصدقة اليه في خلافية زفر فيما اذا دفع النصاب الى الفقير منعه زفر لان الدفع قارن الغنى فأجاب بأنه حكم الدفع فيتعقبه فحصل الدفع الى الفقير ثم لم يزل يكرره في كل ما هو مثله ثم ضمان قيمة نصف الشريك لازم في يساره واعساره لانه ضمان تملك كالبيع وعن أبي يوسف ان كان المدعي معسرا سعت أم الولد لان منفعة الاستيلاد حصلت لها وانما لا يضمن الاب اذا استولد جارية ابنه العقر لان ملكها يثبت شرطا للاستيلاد لانه لا ملك له يكفي لصحة الاستيلاد فيتقدم ليقع الوطء في ملكه فان قيل الملك يثبت ضرورة الاستيلاد وهو بالعلوق ولا يلزم من تقدمه على العلوق تقدمه على الوطء أجيب بأن الاستيلاد عبارة عن جميع الفعل الذي يحصل به الولد فلم يعتبر تعدد الفعل مع اتحاد المطلوب فالتقدم على العلوق تقدم على الفعل الذي به الاستيلاد ومنه الوطء فاعتبر مقدما عليه ولا يغرم قيمة ولدها لان النسب ثبت مستندا الى وقت العلوق وملكه يثبت من ذلك الوقت أيضا فلم يتعلق شئ منه على ملك الشريك بل علق حرا فلا يضمن له شيأ واعلم ان مقتضى ما ذكره المصنف من ان الملك في نصف شريكه يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه ان العلوق قبل ملك نصيب شريكه فيحصل علوق النصف له ونصفه لشريكه واستناد النسب الى العلوق بعد ما وقع في ملك الشريك لا يوجب ان لا يعلق منه شئ على ملكه لا يقال يمكن كونه أراد بالاستيلاد في قوله حكما للاستيلاد الوطء لانا نقول الاستيلاد اما ان يطلق على العلوق أو على مجموع الوطء مع الانزال والعلوق أما مجرد الوطء بلا انزال فلا ولو سلم لم يصح ثبوت الملك حينئذ لان نقله من ملك الشريك الى ملك المستولد ضرورة صيرورتها أم ولد له ولا تصير الا بالعلوق فلا يجوز نقله قبله لانه بلا موجب والاعتراض السابق بأن حكم العلة معها في الأصح لا يفيد لان نقله مع العلوق أيضا بلا موجب لانها ما لم تصر أم ولد لم يلزم النقل فالوجه جعله عقب العلوق بلا فصل قليل ولا كثير ولا ضمان لانه حينئذ ماء مهين لا قيمة له فلا يضمن وحين صار بحيث يضمن لم يكن على ملك الشريك لان الام حين انتقلت الى ملك المستولد انتقلت باجزائها ومن جملتها ذلك الماء هذا اذا

وقوله (بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هنالك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه) وهذه التفرقة بين الشريك والوالد من حيث ان ملك الشريك في النصف قائم وقت العلوق وذلك يكفي في الاستيلاد فيجعل تملك نصيب صاحبه حكما للاستيلاد فيكون الوطء واقعا في غير ملكه وذلك يوجب الحد لكنه سقط بشبهة الشريك فيجب العقر وأما الاب فلم يكن له ملك في الجارية وقد استولدها فيجعل ملكه فيها شرطا للاستيلاد في ملكه حملا لامره على الصلاح فيكون الوطء في ملكه والوطء فيه لا يوجب العقر والمراد بالعقر مهر المثل فيكون الشريك ضامنا لنصف مهر مثلها هكذا في مبسوط شمس الائمة السرخسي وفي مبسوط شيخ الاسلام والمحيط العقر قدر ما تستأجر هذه المرأة لو كان الاستئجار للزنا حلالا وقوله (فلم يتعلق منه شئ على ملك الشريك) لانه كما علق انعلق حر الاصل لان نصفه انعلق على ملكه وأنه يمتنع ثبوت الرق فيه لما ذكرنا من ترجيح مثبت النسب

(وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما) قال المصنف (معناه اذا حملت على ملكهما) وانما قيد بذلك لانه اذا كان الحمل على ملك أحدهما نكاحا ثم اشتراها هو وآخر فهى أم ولده لان نصيبه منها صار أم ولده والاستيلاد لا يتجزأ فيثبت فى نصيب شريكه أيضا (وقال الشافعى يرجع الى قول القافة) وهى جمع القائف كالباعة فى جمع البائع وهو الذى يتبع آثار الآباء فى الابناء من قاف أثره اذا اتبعه والقيافة فى بنى مدلج منهم المجزز (لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا ان الولد لا يتخلق من ماءين) أى من ماء فحلين (متعذر فعملنا بالشبه وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول القائف فى أسامة) روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل على عائشة وأسارير وجهه تبرق من السرور فقال أما علمت ان مجززا المدلجى مر بأسامة وزيد وهما تحت قطيفة قد غطيا وجوههما وأرجلهما بادية فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض ولو كان الحكم بالشبه باطلا لما جاز اظهار السرور ولوجب عليه الرد والانكار (ولنا كتاب عمر الى شريح فى هذه الحادثة لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثانه ويرثهما وهو للباقى منهما) أى الولد يكون للاب الباقى من الابوين اللذين كانا اذا مات أحدهما حتى يكون كل الميراث للاب الحى دون أن يكون نصفه لورثة الاب الميت (وقوله وكان بمحضر من الصحابة) يروم به ابرازه فى مبرز المجمع عليه وقوله (فى سبب الاستحقاق) يعنى الملك وقبل الدعوة (وقوله أحكام متجزئة) يريد بها مثل النفقة وولاية التصرف فى ماله والحضانة والميراث فما يقبل التجزئة كالميراث يثبت على التجزئة فى حقهما وما لا يقبلها كثبوت النسب وولاية الانكاح يثبت فى حق كل واحد منهما كملا كأن ليس معه غيره

(وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما) معناه اذا حملت على ملكهما وقال الشافعى رحمه الله يرجع الى قول القافة لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا أن الولد لا يتخلق من ماءين متعذر فعملنا بالشبه وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول القائف فى أسامة رضى الله تعالى عنه ولنا كتاب عمر رضى الله تعالى عنه الى شريح فى هذه الحادثة لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثانه ويرثهما وهو للباقى منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم أجمعين وعن على رضى الله عنه مثل ذلك ولانهما استويا فى سبب الاستحقاق فيستويان فيه والنسب وان كان لا يتجزأ ولكن تتعلق به أحكام متجزئة فما يقبل التجزئة يثبت فى حقهما على التجزئة وما لا يقبلها يثبت فى حق كل واحد منهما كملا كأن ليس معه غيره

حملت على ملكهما فان اشترياها حاملا فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه ويضمن لشريكه نصف قيمة الولد لانه لا يمكن استناد الاستيلاد الى وقت العلوق لانه لم يحصل فى ملكهما ولذا لا يجب عليه عقر لشريكه هنا لكن لما ادعى نسب ولد مشترك بينهما كانت دعوة ملك وهى كالاعتاق الموقع الا انه يضمن نصيب شريكه فى اليسار والاعسار لانه ضمان تملك كالبيع ولا عقر لشريكه هنا لان الوطء لم يوجد فى ملك شريكه (قوله وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما) وكانت الامة أم ولدلهما فتخدم كلا منهما يوما واذا مات أحدهما عتقت ولا ضمان للحى فى تركة الميت لرضا كل منهما بعتقها بعد الموت ولا تسعى للحى عند أبى حنيفة لعدم تقومها وعلى قولهما تسعى فى نصف قيمتها له ولو أعتقها أحدهما عتقت ولا ضمان عليه للساكت ولا سعاية فى قول أبى حنيفة وعلى قولهما يضمن ان كان موسرا وتسعى ان كان معسرا وعلى كل واحد منهما نصف العقر فيلتقيان قصاصا بماله على الآخر وفائدة ايجاب العقر مع التقاص به أن أحدهما لو أبرأ أحدهما عن حقه بقى حق الآخر وأيضا لو قوم نصيب أحدهما بالدراهم والآخر بالذهب كان له أن يدفع الدراهم ويأخذ الذهب ويرث الابن من كل منهما ميراث ابن كامل ويرثان منه ميراث أب واحد فهذه أحكام دعوتهما ذكرها القدورى ومنها انه للباقى منهما حتى اذا مات أحدهما كان كل ميراث الابن للباقى منهما وفرق المصنف بينها بوجه كل منهما فقال وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما جميعا وسيقيده بما اذا لم يكن مع أحدهما مرجح فلو كان بان كان الشريكان أبا وابنا فان النسب يثبت من الاب وحده وكذا اذا كان أحدهما ذميا يثبت من المسلم وحده وفيه خلاف زفر فيثبت منهما أو يكون مسلما وقيده هنا بما اذا حملت على ملكهما وهو ان تلده لتمام ستة أشهر يعنى فصاعدا ولو سنتين منذ ملكاها واحترز به عما اذا كان الحمل على ملك أحدهما نكاحا ثم اشتراها هو وآخر فولدت لاقل من ستة أشهر من الشراء فادعياه فهى أم ولد الزوج فان نصيبه صار ام ولده والاستيلاد لا يحتمل التجزى عندهما ولا بقاءه عنده فيثبت فى نصيب شريكه أيضا وأيضا ما اذا حملت على ملك أحدهما رقبة فباع نصفها من آخر فولدت يعنى لتمام ستة أشهر من بيع النصف فادعياه يكون الاول أولى لكون العلوق فى ملكه وعما اذا كان الحمل قبل ملك كل منهما بان اشتريا أمة فولدت لاقل من ستة أشهر من حين ملكاها أو ولدته قبل ملكهما اياها فاشترياها فادعياه لا تكون أم ولدلهما لان هذه دعوة عتق لا دعوة استيلاد فيعتق الولد مقتصرا على وقت الدعوة بخلاف الاستيلاد فان شرطها كون العلوق فى الملك وتستند الحرية الى وقت العلوق فيعلق حرا وقدمنا فى كتاب العتق اختلاف المشايخ فيما اذا قال لعبده هذا ابنى وأمه فى ملكه هل تصير أم ولده أو لا

قيل نعم مجهول النسب أو معلومه وقيل لا فيهما وقيل نعم فى مجهوله لا فى معلومه فيحمل ذلك على أنه حكمنا عند جهلنا بحال العلوق وبقولنا قال سفيان الثورى واسحق بن راهويه وكان الشافعى يقوله فى القديم ورجع عليه أحمد حديث القافة وقيل يعمل به اذا فقدت القافة وقال الشافعى يرجع الى قول القائف فان لم يوجد قائف وقف حتى يبلغ الولد فينتسب الى أيهما شاء فان لم ينتسب الى واحد منهما كان نسبه موقوفا لا يثبت له نسب من غير أمه والقائف هو الذى يتبع آثار الآباء فى الابناء وغيرها من الآثار من قاف أثره يقوفه مقلوب قفا أثره مثل راء مقلوب رأى والقيافة مشهورة فى بنى مدلج فان لم يكن مدلجى فغيره وهو قول أحمد وقال به مالك فى الاماء وهذا لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا بأن الولد لا يتخلق من ماءين لانها كما تعلق من رجل انسد فم الرحم متعذر فعملنا بالشبه وهذا يفيد ان القافة لو ألحقوه بهما لا يلحق وهو قول الشافعى انه يبطل قولهم اذا ألحقوا بهما وقد ثبت العمل بالشبه بقول القائف حيث سر رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما أخرج الستة فى كتبهم كلهم عن سفيان بن عيينة عن الزهرى عن عروة عن عائشة قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم مسرورا فقال يا عائشة ألم ترى ان مجززا المدلجى دخل على وعندى أسامة بن زيد وزيد وعليهما قطيفة وقد غطيا رؤسهما وبدت أقدامهما فقال هذه الاقدام بعضها من بعض وقال أبو داود وكان أسامة اسود وكان زيد أبيض (ولنا كتاب عمر رضى الله عنه الى شريح فى هذه الحادثة) ذكر ان شريحا كتب الى عمر بن الخطاب فى جارية بين شريكين جاءت بولد فادعياه فكتب اليه عمر انهما لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقى منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فحل محل الاجماع والله أعلم بذلك قال (ولانهما استويا فى سبب الاستحقاق) يعنى الدعوة مع الملك فيستويان فيه والنسب وان كان لا يتجزأ ولكن تتعلق به أحكام متجزئة كالارث والنفقة وصدقة الفطر وولاية التصرف فى ماله والحضانة فما يقبل التجزى كالارث وما ذكرنا يثبت فى حقهما على التجزئة وما لا يقبلها كالنسب وولاية الانكاح يثبت لكل منهما كملا كأن ليس معه غيره * واعلم ان المعروف فى قصة عمر هو ما قال سعيد بن منصور حدثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن عمر رضى الله عنه فى امرأة وطئها رجلان فى طهر فقال القائف قد اشتركا فيه جميعا فجعله بينهما وقال الشعبى وعلى يقول هو ابنهما وهما أبواه يرثهما ويرثانه ذكره سعيد أيضا وروى الاثرم باسناده عن سعيد بن المسيب فى رجلين اشتركا فى طهر امرأة فحملت فولدت غلاما يشبههما فرفع ذلك الى عمر فدعا القافة فنظروا فقالوا نراه يشبههما فألحقه بهما وجعله يرثهما ويرثانه وروى عبد الرزاق عن معمر عن الزهرى عن عروة بن الزبير ان رجلين ادعيا ولدا فدعا عمر القافة واقتدى فى ذلك ببصر القافة وألحقه أحد الرجلين ثم ذكر أيضا عبد الرزاق بعد ذلك عن معمر عن أيوب عن ابن سيرين قال لما دعا عمر القافة فرأوا شبهه فيهما ورأى عمر مثل ما رأت القافة قال قد كنت أعلم ان الكلبة تلد لاكلب فيكون كل جرو لابيه ما كنت أرى ان ماءين يجتمعان فى ولد واحد وأسند عبد الرزاق أيضا عن معمر عن قتادة قال رأى القافة وعمر جميعا شبهه فيهما وشبههما فيه وقال هو بينكما يرثكما وترثانه قال فذكرت ذلك لابن المسيب فقال نعم هو للآخر منهما وقول المصنف وعن على مثل ذلك يشير الى ما أخرج الطحاوى فى شرح الآثار عن سماك عن مولى لآل مخزوم قال وقع رجلان على جارية فى طهر واحد فعلقت الجارية فلم يدر من أيهما هو فأتيا عليا فقال هو بينكما يرثكما وترثانه وهو للباقى منكما ورواه عبد الرزاق أخبرنا سفيان الثورى عن قابوس عن أبى ظبيان عن على قال أتاه رجلان وقعا على امرأة فى طهر فقال الولد بينكما وهو للباقى منكما وضعفه البيهقى فقال يرويه سماك عن رجل مجهول لم يسمه وقابوس وهو غير محتج به عن أبى ظبيان عن على قال وقد روى على مرفوعا خلاف ذلك ثم أخرج من طريق أبى داود حدثنا خشيش بن أصرم حدثنا عبد الرزاق أخبرنا سفيان الثورى عن صالح الهمدانى

عن

عن الشعبي عن عبد خير عن زيد بن ارقم قال أتى علي رضي الله عنه وهو باليمن بثلاثة وقعوا على امرأة في طهر واحد فسأل اثنين أتقران لهذا بالولد قالا لا حتى سألهم جميعا فجعل كلما سأل اثنين قالا لا فأقرع بينهم فالحق الولد بالذي صارت عليه القرعة وجعل عليه ثلثي الدية قال فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فضحك حتى بدت نواجذه انتهى * واعلم ان أبا داود رواه أيضا موقوفا وكذا النسائي على علي باسناد أجود من إسناد المرفوع وكذا رواه الحميدي في مسنده وقال فيه فأغرمه ثلثي قيمة الجارية لصاحبيه وهو حسن مبين المراد بالدية فيما قبله وحاصل ما تحصل من هذا انه صلى الله عليه وسلم سر بقول القافة وان عمر قضى على وفق قولهم وانه صلى الله عليه وسلم لم ينكر اثبات علي النسب بالقرعة ولا شك ان المعول عليه ما ينسب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وذلك هو سروره بقول القافة فأجاب المصنف عنه بان سروره كان لان الكفار كانوا يطعنون في نسب أسامة رضي الله عنه لما تقدم من حديث أبي داود انه كان اسود وكان زيد أبيض فكانوا لذلك يطعنون في ثبوت نسبه منه وكانوا مع ذلك يعتقدون قول القافة فكان قول القائف مقطعا لطعنهم فسروره لا شك انه لما يلزمه من قطع طعنهم واستراحة مسلم من التأذي بنفي نسبه وظهور خطئهم والرد عليهم ثم يحتمل مع ذلك كون القيافة حقا في نفسها فتكون متعلق سروره أيضا أو ليست حقا فيختص سروره بما قلنا فلزم ان حكمنا بكون سروره بها نفسها فرع حكمنا بانها حق فيتوقف على ثبوت حقيتها ولم يثبت بعد وطعن يطعن بضم عين المضارع بالرمح وفي النسب واعلم انه استدل على صحة القيافة بحديث اللعان حيث قال صلى الله عليه وسلم فيه ان جاءت به أصهيب أثيبج حمش الساقين فهو لزوجها وان جاءت به أورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو للذي رميت به وهذه هي القيافة والحكم بالشبه وأجاب أصحابنا بان معرفته ذلك صلى الله عليه وسلم من طريق الوحي لا القيافة وقد يقال الظاهر عند ارادة تعريفه أن يعرف انه ابن فلان والحق انه ينقلب عليهم لانه لو كانت القيافة معتبرة لكان شرعية اللعان تختص بما اذا لم يشبه المرمي به أشبه الزوج أولا لحصول الحكم الشرعي حينئذ بانه ليس ابنا للنافي وهو يستلزم الحكم بكذبها في نسب الولد وأجيب أيضا بانه لا يلزم من حقية قيافته صلى الله عليه وسلم حقية قيافة غيره وفيه نظر فان القيافة ليس الا باعتبار أمور ظاهرة يستوي الناس في معرفتها ثم انه صلى الله عليه وسلم سر بفعل علي رضي الله عنه وهو إلحاقه بالقرعة وقد نقل ذلك عن بعض العلماء وطرقه صحيحة كما تقدم وهو يستلزم ان القرعة طريق صحيحة لتقريره صلى الله عليه وسلم اياه بل سر به فان الضحك دليله مع عدم الانكار واذا لم يقل به يلزمه الحكم بنسخه غير انه يبقى ما ثبت عن عمر من العمل بقول القافة فانه من القوة بكثرة الطرق بحيث لا يعارضه المروي عنه من قصة شريح لخفائها أو عدم تثبيتها وان كانت قصة مرسلة فان سليمان بن يسار عن عمر مرسل وكذا عروة عنه لكنهما امامان لا يرويان الا عن قوي أمين مع حجية المرسل عندنا فكيف به من هذين على ان قول سعيد بن المسيب نعم في اسناد عبد الرزاق ربما يكون كالموصول بعمر لان سعيدا روى عن عمر وبالجملة فلا خلاف في ثبوت مثل هذا واذا ثبت عمل عمر بالقيافة لزم ان ذلك الاحتمال في سروره صلى الله عليه وسلم وهو كون الحقية من متعلقاته ثابت والشافعي رحمه الله لما لم يقل بنسبة الولد الى اثنين يلزمه اعتقاد ان فعل عمر كان عن رأيه لا بقول القافة فيلزمه القول بثبوت النسب من اثنين اذ حل محل الاجماع من الصحابة وهو ملزوم لاحد الامرين إما أن سروره صلى الله عليه وسلم يكن متعلقا الا برد طعنهم أو ثبوت نسخه وبه نقول الا انا نقول انه من مائهما كما يفهم من بعض الروايات لان الماءين لا يجتمعان في الرحم الا متعاقبين فاذا فرض انه خلق من الاول لم ينته ويخلقه من الثاني بل انه يزيد في الاول في سمعه قوة وفي بصره وأعضائه وأما التعليل بانه ينسد فم الرحم فقاصر على قولنا ان الحامل لا تحيض فأما من يقول تحيض لا يمكنه القول بالانسداد فيثبت النسب من اثنين مع الحكم

الا اذا كان أحد الشريكين أبا للآخر أو كان أحدهما مسلما والآخر ذميا لوجود المرجح في حق المسلم وهو الاسلام وفي حق الاب وهو ماله من الحق في نصيب الابن وسرور النبي صلى الله عليه وسلم فيما روى لان الكفار كانوا يطعنون في نسب أسامة رضي الله تعالى عنه وكان قول القائف مقطعا لطعنهم فسربه (وكانت الامة أم ولدهما) لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد فيصير نصيبه منها أم ولده تبعا لولدها (وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بماله على الآخر ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل) لانه أقر له بميراثه كله وهو حجة في حقه (ويرثان منه ميراث أب واحد) لاستوائهما في النسب كما اذا أقاما البينة (واذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه) وعن أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه أنه لا يعتبر تصديقه اعتبارا بالاب يدعى ولد جارية ابنه

بانه في نفس الامر من ماء أحدهما ثم كما يثبت نسبه من اثنين يثبت نسبه من ثلاثة وأربعة وخمسة وأكثر وقال أبو يوسف لا يثبت من أكثر من اثنين لان القياس ينفي ثبوته من اثنين لكنه ترك لاثر عمر وقال محمد لا يثبت لاكثر من ثلاثة لقرب الثلاثة من الاثنين ولابي حنيفة ان سبب ثبوت النسب من أكثر من واحد الاشتباه والدعوة فلا فرق فلو تنازع فيه امرأتان قضى به بينهما عند أبي حنيفة وعندهما لا يقضي للمرأتين فلا يلحق الا بام واحدة ولا فرق بين كون الانصباء متفاوتة أو متساوية في الجارية في دعوى الولد ولو تنازع فيه رجلان وامرأتان كل يزعم أنه ابنه من هذه المرأة وهي تصدقه فعند أبي حنيفة يقضي به بين الرجلين والمرأتين وعندهما يقضي به بين الرجلين فقط فلو تنازع فيه رجل وامرأتان يقضي به بينهم وعندهما يقضي به للرجل لا للمرأتين (قوله الا اذا كان أحد الشريكين أبا للآخر) استثناء من قوله وما لا يقبلها وعلمت ان النسب يثبت في حق كل منهما كملا وفي المبسوط أمة بين مسلم وذمي ومكاتب ومدبر وعبد ولدت فادعوه فالحر المسلم أولى لاجتماع الحرية والاسلام فيه مع الملك فان لم يكن فيهم مسلم بل من بعده فقط فالذمي أولى لانه حر والمكاتب والعبد وان كانا مسلمين لكن يفيد الولد تحصيل الاسلام دون الحرية ثم المكاتب لان له حق ملك والولد على شرف الحرية باداء المكاتب وان لم يكن مكاتب وادعى المدبر والعبد لا يثبت من واحد منهما النسب لانه ليس لهم ملك ولا شبهة ملك قيل يجب ان يكون هذا الجواب في العبد المحجور وهبت له أمة ولا يتعين ذلك بل ان يزوج منها أيضا ولو كانت الدعوة بين ذمي ومرتد فالولد للمرتد لانه أقرب الى الاسلام وغرم كل لصاحبه نصف العقر (قوله وكانت الامة أم ولدهما لصحة دعوة كل منهما في نصيب الولد فيصير نصيبه منها أم ولده تبعا لولدها) ولا يضمن واحد منهما الشريكه شيأ لانه لم ينتقل اليه من نصيب شريكه شئ (قوله ويرث الابن من كل منهما ميراث ابن كامل لانه أقر له بميراثه كله) حيث ادعى انه ابنه وحده واقراره حجة في حقه (ويرثان منه ميراث أب واحد) لان دعوى كل منهما الانفراد بالابوة لا تسري في حق الآخر وقد استويا في سبب الاستحقاق وهو الدعوة المقرونة بالملك وصار كما اذا أقاما البينة على شئ يصير مشتركا بينهما فكذا اذا أقاما البينة على ابن مجهول النسب يكون بينهما لاتحاد الجامع (قوله واذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب يثبت نسب الولد منه) وان كذبه لا يثبت نسب الولد لكن اذا ملكه يوما من الدهر فحينئذ يثبت نسبه منه لما سيذكر (وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يعتبر تصديقه بل

(وقوله الا اذا كان أحد الشريكين) استثناء من قوله وما لا يقبلها يثبت في حق كل منهما كملا وقوله (وسرور النبي صلى الله عليه وسلم) جواب عن قوله وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا فيما اذا ادعى الولد أكثر من اثنين فجوزه أبو حنيفة ونفاه أبو يوسف وجوزه محمد الى الثلاثة وقال أبو يوسف يثبت على خلاف القياس بقضية عمر فلا يتعداه وقال محمد الثلاثة قريبة من اثنين وقال أبو حنيفة سبب الجواز الملك والدعوة وقد وجدا وقوله (فيصير نصيبه منها أم ولده تبعا لولدها) يعني تخدم كل واحد منهما يوما كما كانت تفعله قبل هذا لانه لا تأثير للاستيلاد في ابطال ملك الخدمة واذا مات أحدهما عتقت ولا ضمان للشريك في تركة الميت بالاتفاق لوجود الرضا منهما بعتقها بعد الموت ولا سعاية عليها في قول أبي حنيفة وتسعى في نصف قيمتها للشريك الحي عندهما ولو أعتقها أحدهما في حال حياته عتقت ولا ضمان على المعتق لشريكه ولا سعاية في قول أبي حنيفة وعندهما يضمن المعتق نصف قيمتها أم ولد لشريكه ان كان موسرا وتسعى في نصف قيمتها ان كان معسرا (وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بماله على الآخر) بفتح اللام أي بالذي له وقوله (كما اذا أقاما البينة) يعني اذا أقاما البينة على شئ يكون ذلك الشئ مشتركا بينهما على السواء فكذلك هنا واذا أقاما البينة على ابن مجهول النسب كان الحكم هكذا فكذا ههنا ومن وطئ جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فاما أن يصدقه المكاتب أو لا فان صدقه ثبت النسب ولا تصير الجارية أم ولد للمولى وان كذبه فلا يثبت النسب أيضا (وعن أبي يوسف انه لا يعتبر تصديقه بل يثبت) نسبه منه بمجرد دعوة المولى النسب كما في الاب والجامع بينهما ان جارية المكاتب كسب كسب المولى وجارية الابن كسب كسب الاب

يثبت

(ووجه الظاهر وهو الفرق) بين استيلاد جارية الابن حيث يثبت فيه النسب بغير تصديق وجارية المكاتب حيث يشترط فيها التصديق ان المولى لا يملك التصرف فى اكساب مكاتبه بحجره على نفسه ولهذا لا يملك كسب المكاتب عند الحاجة والدعوة تصرف فلا يملكها المولى الا بتصديقه والاب يملك تملك مال ابنه لانه لم يحجر على نفسه فلا معتبر بتصديقه وانما لا تصير الجارية أم ولده اذا صدقه المكاتب لان حق الملك ثابت له فى كسبه وذلك كاف لاثبات نسب الولد ألا ترى أنه بعجزه ينقلب حقيقة ملك فلا حاجة به الى التملك وليس للاب فى مال الولد ملك ولا حق ملك ولا يمكن اثبات النسب منه الا باعتبار تملك الجارية فيثبت الملك سابقا ووقع الوطء فى ملكه

و وجه الظاهر وهو الفرق ان المولى لا يملك التصرف فى اكساب مكاتبه حتى لا يتملكه والاب يملك تملكه فلا معتبر بتصديق الابن قال (وعليه عقرها) لانه لا يتقدمه الملك لان ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد لما نذكره

يثبت) نسبه منه بمجرد دعوته غير مفتقر الى تصديقه وقوله وهذا قول سائر العلماء اعتبارا بالاب يدعى ولد جارية ابنه بجامع ان الموطوءة كسب كسب المدعى أو بطريق أولى لان للمولى فى المكاتب ملك رقبته وهو مقتض لحقيقة ملك كسبه وان لم يكن له فيه ملك كان له فيه حق الملك وليس للاب ملك حقيقة فى رقبة ولده بل له حق التملك بماله عند الحاجة وحق الملك أقوى من حق التملك فلما ثبت نسب ولد جارية الابن من الاب بمجرد دعوته من غير افتقار الى تصديقه فالثبوت من المولى أولى (ووجه الظاهر وهو الفرق) بين جارية الابن وجارية المكاتب (أن المولى لا يملك التصرف فى اكساب مكاتبه) بسبب حجره نفسه عن ذلك بعقد الكتابة حتى لا يثبت له حق تملكه (والاب يملك تملكه) لحاجته على ما عرف (فلا معتبر بتصديقه) وهذا بخلاف الوارث يستولد أمة من تركة مستغرقة بالدين يصح بلا تصديق أحد لانه صاحب حق حتى ملك استخلاص ما يشاء من التركة باعطاء قيمته فليس أحد أحق منه ليحتاج الى تصديقه بخلاف البائع يدعى ولد المبيعة بعد البيع يصح لاتصال العلوق بملكه ووجب للولد حق العتق فلم يبطل باعتراض البيع وههنا ان حصل العلوق فى ملك المولى لرقبة المكاتب لكن لم يحصل فى ملكه للجارية ملكا خالصا واعترض بانه لا معنى لاشتراط التصديق لانه اذا لوحظ حجر المولى عن التصرف فى مال المكاتب فتصديقه لا يوجب فك الحجر بل غايته انه اعترف له انه وطئ الجارية فيقتضى ان لا يثبت النسب اذلم يرتفع به المانع من ثبوته ألا ترى انه لو أقام البينة على انه وطئها لا يثبت نسبه اذا كان مكذبا له مع ان الثابت بالبينة أقوى من التصديق فظهر ضعف اشتراط التصديق وقد يجاب بأن هذا الحجر لحق آدمى لكونه هو أحق بالدعوى فلا يظهر حقه فى الاستلحاق فى مقابلة من هو أحق به منه الا أن يصدقه لجواز ان يكذبه بأن يدعيه هو فلا بد من استعلام تصديقه وتكذيبه بخلاف ما اذا أقام بينة على الوطء فان تكذيبه قائم واعتبار التصديق ليس لاستعلام الوطء قطعا بل تقديما للاحق على غيره بخلاف أحد الشريكين اذا استلحق فانه لا يتوقف على تصديق الآخر لانه ليس أحدهما أحق من الآخر (قوله وعليه عقرها) للمكاتب (لانه) أى لان وطأه المدلول عليه بقوله فاذا وطئ المولى لا يتقدمه الملك لان ماله من الحق أى حق الملك كاف لصحة الاستيلاد لما نذكره يعنى من قوله عقيبه انه كسب كسبه بخلاف الاب فانه ليس له حق ملك فى الجارية فيتقدم ملكه اياها لتصحيح الاستيلاد فلا يجب العقر لانه وطئ أمة نفسه واذا وجب لنفس المكاتبة العقر اذا وطئها المولى مع ثبوت حقيقة ملكه فيها فلان يجب بوطء أمتها أولى وأبعد شارح فقال أى لما نذكره فى كتاب المكاتب من انه يثبت للمولى فى ذمة المكاتب حق مع ان مجرد ثبوت حق فى ذمة سيد أمة لا يصحح استيلاد صاحب الدين فلقد تناوله من

و ولدت منه فكانت أم ولد له بقوله (وعليه عقرها) أى على المولى عقر جارية المكاتب لان الملك لا يتقدم الوطء لان ماله من حق الملك كاف لصحة الاستيلاد فكان الوطء واقعا فى غير الملك وهو يستلزم الحد أو العقر وقد سقط الاول بالشبهة فتعين الثانى وقوله (لما نذكره) أى نذكر الحق الذى للمولى على المكاتب فى كتاب المكاتب قيل فى كلام المصنف نظر لانه قال ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد والمفهوم منه ثبوت استيلاد جارية المكاتب والمنصوص فى الكتب عن أصحابنا ان الاستيلاد لا يثبت وهو نفسه يصرح بهذا بعد خطين بقوله ولا تصير الجارية أم ولده أى للمولى فاذا لم تصر الجارية أم ولد له فمن أين يصح الاستيلاد والجواب ان دلالة لفظ الاستيلاد على طلب نسب الولد أقوى من دلالته على كونها أم ولد فكان المراد بقوله لصحة الاستيلاد صحة نسب الولد بدلالة ما بعده فان المصنف أجل قدرا من ان يقع بين كلاميه فى سطرين تناقض

(قوله أن المولى لا يملك التصرف فى اكساب مكاتبه بحجره على نفسه) أقول ضمير بحجره وضمير لنفسه راجعان الى المولى (قوله والاب يملك تملك مال ابنه لأنه لم يحجر على نفسه) أقول ضمير لانه وضمير نفسه راجعان الى الاب (قال المصنف لما نذكره) أقول أى نذكر الحق الذى للمولى على المكاتب فى كتاب المكاتب كذا قاله الشارح أكمل الدين وقال ابن الهمام بل المراد به قوله عقيب هذا انه كسب كسبه بخلاف الأب فانه ليس له حق ملك فى الجارية فيتقدم ملكه عليها لتصحيح الاستيلاد فلا يجب العقر

وقوله (وقيمة ولدها) معطوف على قوله عقرها وقوله (وهوانه) قيل أى الولد يعنى ان الولد حصل له (من كسب كسبه) فان المكاتب كسبه وجارية المكاتب كسب كسبه وفيه نوع تكلف ويجوز أن يكون انه أى الجارية كسب كسبه وذكر الضمير نظرا الى الخبر وهو كسب والضمير فى رقه يعود الى الولد قيل فى قوله كمافى ولد المغرور نظر وحق الكلام كمافى المغرور بدون ذكر الولد على معنى ان الجارية لا تصير أم ولد للمولى لعدم الملك فيها حقيقة كما ان الجارية لا تصير أم ولد للمغرور لعدم الملك فيها والجواب ان قوله كمافى ولد المغرور متعلق بقوله فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه وحينئذ لابد من ذكر الولد وعلى تقدير ان يكون متعلقا بقوله ولا تصير الجارية أم ولد لانه لا ملك له فيها حقيقة فتقديره كمافى أم ولد المغرور وقوله (وان كذبه) معطوف على قوله فان صدقه المكاتب وقوله (ولوملكه) يعنى ولد الجارية الذى ادعاه وكذبه المكاتب (يوما) من الدهر (ثبت نسبه منه لقيام الموجب) وهو الاقرار بالاستيلاد (وزوال المانع) وهو حق المكاتب قال فى المبسوط واذا ملك المولى الجارية أى فى صورة التصديق يومامن الدهر صارت أم ولدله لانه ملكها وله منها ولد ثابت النسب وان كذبه المكاتب ثم ملكه يوماثبت نسبه منه لان حق الملك له فى المحل كان مثبتا للنسب منه عند صحة الدعوة الا أن معارضة المكاتب اياه بالتكذيب امتنع صحة دعوته وقدزالت هذه المعارضة حين ملكه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المآب

قال (وقيمة ولدها) لانه فى معنى المغرور حيث انه اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه (ولا تصير الجارية أم ولدله) لانه لا ملك له فيها حقيقة كمافى ولد المغرور (وان كذبه المكاتب فى النسب لم يثبت) لما بينا انه لابد من تصديقه (فلو ملكه يوما ثبت نسبه منه) لقيام الموجب وزوال حق المكاتب اذهو المانع والله تعالى أعلم بالصواب

مكان بعيد وهو أقرب اليه من حبل الوريد (قوله وقيمة ولدها) عطف على عقرها أى وعليه قيمة الولد (لانه فى معنى المغرور حيث اعتمد دليلا وهوانه) أى الجارية بتأويل الشخص (كسب كسبه فلم يرض برقه) حيث اعتمد دليلا يوجب حريته (فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه) كان المغرور بشراء أمة استولدها فاستحقت اعتمد دليلا هو البيع فجعل عذرا فى حرية الولد بالقيمة الا أن قيمة الولد هنا تعتبر يوم ولد وقيمة ولد المغرور يوم الخصومة والفرق ان العلوق هنا حصل فى ملك المولى وهو مقتض ثبوت نسبه بحق ملكه لمالكها الا انه محجور بحجر شرعى عنها فشرط تصديقه فاذا جاء التصديق صحت الدعوى وثبت له حق التملك بالقيمة فوجب اعتبارها فى أقرب أوقات الامكان وأما المغرور فضمانه قيمة الولد لانه أمانة حبسها عن صاحبها تقديرا فتعتبر القيمة يوم الحبس وتحقق هذا الحبس والمنع انما يكون يوم الخصومة فيعتبر يومها (ثم لا تصير الجارية أم ولد لانه لا ملك له فيها حقيقة كمافى أم ولد المغرور) المبيعة المستحقة لا تكون أم ولد له ولا تناقض بين قوله لا تصير أم ولد وبين قوله ان ماله من الحق يكفى لصحة الاستيلاد لان المراد من الاستيلاد استلحاق الولد كما قررناه أول الباب وصحته بثبوت نسب الولد منه وأما ثبوت أمومية الولد للام فانما هو لازم فى بعض الصور وهو أكثرها دون بعض وليس عينا ليلزم نفى ما أثبته ثم اذا ملك هذه الجارية يومامن الدهر صارت أم ولد له لانه ملكها وله منها ولد ثابت النسب (قوله وان كذبه المكاتب فى النسب لم يثبت نسبه من المولى لما بينا) أى من انه لا يملك التصرف فى أكساب مكاتبه (فلو ملكه) أى لو ملك الولد (يوما) من الدهر (ثبت نسبه منه) وكان ولدا له (لقيام الموجب) وهو اقراره بالاستيلاد وزوال المانع وهو حق المكاتب ﴿ فروع ﴾ رجل فجر بامة فولدت ثم اشتراها لا تصير أم ولد له استحسانا وان اشترى الولد عتق الولد عليه وفى المحيط يجوز اعتاق أم الولد وكتابتها لتعجيل الحرية وكذا تدبيرها لانه يجتمع لها سببا حرية (١) وفى غيرها لا يصح تدبيرها لانه لا يفيد وفى جوامع الفقه استولد مدبرته بطل التدبير وتعتق من جميع المال ولا تسعى فى دين وفى الكافى أمة بين رجلين قالا فى صحتهما هى أم ولد أحدنا ثم مات أحدهما يؤمر الحى بالبيان دون الورثة لانه يخبر عن نفسه والورثة تخبر بفعل غيرهم فان قال الحى هى أم ولدى فهى أم ولده ويضمن نصف قيمتها ولا يضمن من العقر شيأ لانه لما أقر بوطئها بعد ملكها فلعله استولدها بنكاح قبل ولو قال هى أم ولد الميت عتقت صدقته الورثة

(١) قوله وفى غيرها الخ بهامش نسخة العلامة البحراوى كذا فى النسخ الحاضرة ولعله وفى غيره أى غير المحيط لا يصح او تدبيرها أى تدبير أم الولد والله أعلم اه كتبه مصححه

(قال المصنف وهوأنه كسب كسبه) أقول الضمير راجع الى الجارية بتأويل الشخص أو باعتبار الخبر (قوله فتقديره كمافى أم ولد المغرور) أقول على تقدير المضاف وارادة المعنى اللغوى فى أم الولد

أو كذبته لأنه ان صدق فهي حرة وان كذب فكذلك لاقراره بعتقها عونه
ولا سعاية للحي لانه يدعي الضمان على الميت وكذا للورثة لانهم
يدعون عليه الضمان ان كذبوه في اقراره وان صدقوه
فقد أقروا بعدم السعاية والله الموفق

تم الجزء الثالث ويتلوه الجزء الرابع أوله كتاب الايمان

فهرست الجزء الثالث من فتح القدير

(تمت)